

# El Contrato de Franquicia y su tratamiento en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea

LAURA **PATRICIA** CARRASQUILLA DÍAZ

**JASSIR AMÍN ÁLVAREZ** ESTRADA

libro digital



C O R P O R A C I O N  
UNIVERSIDAD  
DE LA COSTA  
1970

VIGILADA MINECUCACION

El Contrato de  
Franquicia y su  
tratamiento en el  
Derecho de la  
Competencia en la  
Unión Europea

Carrasquilla Díaz, Laura Patricia  
El contrato de franquicia y su tratamiento en el derecho  
de la competencia en la Unión Europea /  
Laura Patricia Carrasquilla Díaz,  
Jassir Amín Álvarez Estrada. – Barranquilla,  
Educosta, 2017  
(Ebook, Formato pdf)  
ISBN: 978-958-8921-38-9

1. Franquicias (Comercio minorista)
2. Derecho comercial 3. Contratos comerciales
4. Competencia económica desleal

346.02 C313

Co-BrCuC

# El Contrato de Franquicia y su tratamiento en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea

Laura Patricia Carrasquilla Díaz  
Jassir Amín Álvarez Estrada



2017



# El Contrato de Franquicia y su tratamiento en el Derecho de la Competencia en la Unión Europea

Autor: Laura Patricia Carrasquilla Díaz  
Jassir Amín Álvarez Estrada

CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA  
Barranquilla - Colombia - Sur América

ISBN (Digital): 978-958-8921-38-9

Primera Edición  
Editorial Corporación Universidad de la Costa,  
EDUCOSTA  
Departamento de Gestión Editorial y Publicaciones  
Corporación Universidad de la Costa  
Calle 58 No. 55-66  
Teléfono: (575) 336 2272  
educosta@cuc.edu.co

Lauren J. Castro Bolaño  
Directora Departamento de  
Gestión Editorial y Publicaciones

Carolina Mercado Porras  
Auxiliar Departamento de  
Gestión Editorial y Publicaciones

Corrección de Estilo,  
Diagramación y  
Diseño de Portada:  
Dolores López

Hecho el depósito que exige la ley.

©Todos los derechos reservados, 2017

Esta obra es propiedad intelectual de sus autores y los derechos de publicación han sido legalmente transferidos al editor. Queda prohibida su reproducción parcial o total por cualquier medio sin permiso por escrito del propietario de los derechos del copyright®

## FUNDADORES

### CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

EDUARDO CRISSIÉN SAMPER  
RUBÉN MAURY PERTUZ (q.e.p.d)  
NULVIA BORRERO HERRERA  
MARÍA ARDILA DE MAURY  
RAMIRO MORENO NORIEGA  
RODRIGO NIEBLES DE LA CRUZ (q.e.p.d)  
MIGUEL ANTEQUERA STAND

## PERSONAL DIRECTIVO

### CORPORACIÓN UNIVERSIDAD DE LA COSTA CUC

TITO JOSÉ CRISSIÉN BORRERO Rector	CARMEN MEZA ESTRADA Departamento Arquitectura y Diseño
GLORIA CECILIA MORENO GÓMEZ Vicerrectora Académica	LIGIA ROMERO MARÍN Departamento de Derecho y Ciencias Políticas
HENRY MAURY ARDILA Vicerrector de Investigaciones	NOEL VARELA IZQUIERDO Departamento Gestión Industrial, Agroindustrial y Operaciones
JORGE MORENO GÓMEZ Vicerrector de Extensión	LISETTE HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ Departamento de Gestión Organizacional
JAIME DÍAZ ARENAS Vicerrector Administrativo	ALICIA INCIARTE GONZÁLEZ Departamento de Humanidades
ROSMERY TURBAY MIRANDA Vicerrectora de Bienestar	MARÍA DEL MAR SÁNCHEZ Departamento de Psicología del Individuo
HERNANDO ANTEQUERA MANOTAS Vicerrector Financiero	MARINA MARTINEZ GONZÁLEZ Departamento de Psicología de las Interacciones Sociales
ALFREDO GÓMEZ VILLANUEVA Facultad de Arquitectura	JENNY ROMERO DE CUBA Departamento Economía, Contabilidad y Finanzas
JAVIER MORENO JUVINAO Facultad de Ciencias Económicas	JUAN CABELLO ERAS Departamento de Energía
JOSÉ LOZANO JIMENEZ Facultad de Ciencias Sociales y Humanas	EMIRO DE LA HOZ FRANCO Departamento de Ciencias de la Computación y Electrónica
ALFREDO PEÑA SALOM Facultad de Derecho	ALDEMAR DE MOYA CAMACHO Departamento de Ciencias Naturales y Exactas
FAIRUZ OSPINO VALDIRIS Facultad de Ingeniería	LUIS SILVA OLIVEIRA Departamento de Civil y Ambiental

A Jorge y Doris, los mejores maestros.

## Contenido

<b>Introducción</b>	14
---------------------	----

### **Capítulo 1**

<b>La Franquicia</b>	17
----------------------	----

1.1. Preliminar	17
-----------------	----

1.2. Definición	20
-----------------	----

1.3. Normativa aplicable al Contrato de Franquicia	24
---	----

1.4. Clases de Franquicia	29
---------------------------	----

1.4.1 Según la posición que ocupen en el canal de distribución el franquiciador y el franquiciado	29
--	----

1.4.2 Según la actividad que desarrollará el franquiciado	31
--	----

1.4.3 Según el tipo de contrato	32
---------------------------------	----

1.5. Comparación de la Franquicia con otros Acuerdos Verticales	33
--	----

1.5.1 Distinción con respecto a los contratos de distribución	33
--	----

1.5.2 Distinción respecto de otros contratos de transmisión de derechos sobre bienes inmateriales	38
---	----

### **Capítulo 2**

<b>El Contrato de Franquicia</b>	40
----------------------------------	----

2.1. Principales Características del Contrato de Franquicia	40
--	----

2.2. El Objeto del Contrato	47
-----------------------------	----

2.3. La Causa del Contrato	47
----------------------------	----

2.4. Las Partes	48
-----------------	----

2.4.1 El franquiciador	48
------------------------	----



2.4.2 El máster franquicia	49
2.4.3 El franquiciado	49
2.5. Principales Prestaciones	51
2.5.1 Los bienes inmateriales transmitidos por el franquiciador	51
2.5.2 Los pagos a cargo del franquiciado	62

## Capítulo 3

### Principales Cláusulas

#### del Contrato De Franquicia

3.1 cláusulas relativas al «Know How» transmitido por el Franquiciador al Franquiciado y de la asistencia prestada por aquél a éste	64
3.1.1 Cláusulas relativas a la transmisión del know how	64
3.1.2 Cláusulas relativas a la asistencia y formación	65
3.1.3 Pacto de no competencia	68
3.1.4 Pacto de confidencialidad	71
3.1.5 Cláusula de retorno	73
3.2. Cláusulas que tienen por finalidad la protección de los signos distintivos y el Good Will del Franquiciador	74
3.2.1 Cláusulas relativas a la marca	74
3.2.2 Cláusulas relativas a otros signos distintivos diferentes de la marca	76
3.2.3 Cláusulas que prohíben al franquiciado abastecerse de proveedores distintos del franquiciador o de quien éste haya designado	77
3.2.4 Cláusulas relativas al local comercial	79
3.2.5 Cláusulas que prohíben al franquiciado realizar publicidad que no se encuentre previamente aprobada por el franquiciador	81

3.3	Cláusulas relativas a la explotación del negocio	80
3.3.1	Cláusula de explotación del modelo de empresa	80
3.3.2	Cláusula de exclusiva territorial	81
3.3.3	Cláusulas relativas al precio de venta y reventa	82
3.3.4	Cláusula de stock mínimo obligatorio	84
3.4	Cláusulas relativas a la duración y terminación del Contrato	84
3.4.1	Franquicia de duración determinada	85
3.4.2	Franquicia de duración indeterminada	86

## Capítulo 4

<b>El Contrato de Franquicia y el Derecho de la Competencia</b>		88
4.1	Antecedentes	89
4.2	Regulación Actual: Aplicación del Reglamento 330/10 al Contrato de Franquicia	100
4.2.1	Ámbito de aplicación	102
4.2.2	Umbral de cuota de mercado	106
4.2.3	Restricciones prohibidas: nulidad del contrato	107
4.2.4	Restricciones condicionadas	113
4.2.5	Cuestiones específicas relacionadas con el contrato de franquicia	115
4.2.6	No aplicación del reglamento	115
4.3	Normativa Española	116
4.3.1	Fijación de precios de venta o reventa	118
4.3.2	Restricciones de ventas activas y pasivas y restricción de suministros cruzados en un sistema de distribución selectiva	120
4.3.3	Prohibición al franquiciado de fabricar, comprar, vender o	

revender bienes o servicios adquiridos de empresas competidoras	121
4.3.4 Limitación de la competencia contractual y post-contractual	123
<b>Conclusiones</b>	127
<b>Bibliografía</b>	131

## Abreviaturas

BOE:	Boletín Oficial del Estado
CC:	Código Civil
CCE:	Comunidad Económica Europea
CDEF:	Código Deontológico Europeo de la Franquicia
DO:	Diario Oficial de la Unión Europea
Dir.:	Director(es)
DRAE:	Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española
DPI:	Derecho de Propiedad Intelectual
LCD:	Ley de Defensa de la Competencia
LM:	Ley de Marcas
LOCM:	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
PALCD:	Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución
RCAV:	Reglamento 330/10 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas
RCE:	Reglamento de la Comisión Europea
RDACF:	Real Decreto de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores
RTDC:	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia
SAP:	Sentencia de la Audiencia Provincial
STDC:	Sentencia del Tribunal de Defensa de la Competencia
STJCE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
TFUE:	Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE:	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE:	Unión Europea

El contrato de franquicia es una figura de creciente uso en el tráfico mercantil y, si bien nace como una figura típica de la distribución de productos y servicios, ésta ha encontrado en el Derecho de la competencia un cincel que se ha encargado de esculpir su desarrollo y evolución. En la presente obra encontrará un estudio de esta figura, tanto desde su perspectiva contractual como de su tratamiento en el Derecho de la competencia en el contexto de la Unión Europea.

## Introducción

La idea de realizar este trabajo surgió a partir de una feria empresarial que tuvo lugar hace algún tiempo. Estando en aquella feria me encontré con algunos stands en los que se ofrecía una oportunidad de lo que estos experimentados vendedores denominaban como “auto-empleo”, que en realidad no era otra cosa que una franquicia. La sensación de estar frente a una figura, a veces incomprendida, a veces tergiversada, motivó el deseo de conocerla a fondo hasta su total comprensión.

Este deseo encontró su fuente de alimento en la normativa Europea, pues allí ha tenido un proceso de construcción de varias décadas, en donde la historia se ha encargado de darle forma a la figura. Inmediatamente, saltó a la vista la necesidad de vincular el estudio de la franquicia, con el del límite principal que se ha establecido en el marco europeo, que es el de las normas de la competencia.

En este contexto, el cambio del Derecho comunitario de protección de la competencia, con la entrada en vigencia del Reglamento 330/2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, ha traído consigo la necesidad de analizar los cambios que esta nueva norma ha significado para el contrato de franquicia.

No obstante, teniendo en cuenta el funcionamiento de la Unión Europea, ha sido necesario tomar como referencia para el análisis realizado en la presente obra, a uno de sus países miembro, de forma tal que se pueda

estudiar de manera apropiada, la forma como ese país ha sido capaz de aplicar las normas comunitarias. Hemos utilizado como referencia las normas españolas.

Así, el objetivo de esta obra es realizar un estudio del contrato de franquicia y sus limitaciones a la luz de las actuales normas del Derecho de la competencia en la Unión Europea, y en particular en España. Para ello, se realizará un estudio de la figura a partir de la doctrina existente sobre el tema, jurisprudencia nacional y comunitaria y normativa aplicable.

El trabajo se ha dividido en cuatro partes. La primera de ellas abordará el concepto de franquicia de manera descriptiva; se abordarán las clases de franquicia que existen y se realizará una diferenciación con otras figuras similares que han sido comúnmente relacionadas y/o confundidas con el contrato de franquicia. En la segunda parte del trabajo se realizará una caracterización del contrato y se proporcionará una definición de sus principales elementos. En la tercera parte nos centraremos en el contenido del contrato a partir de un conjunto de cláusulas que son comunes a todos los tipos de franquicia. La última parte se encuentra reservada para el que consideramos es el principal límite normativo del contrato de franquicia: el Derecho de la competencia. En este apartado final nos referiremos al tratamiento que el actual Reglamento 330/2010 le da al contrato de franquicia y a las novedades que éste ha traído consigo.

Hemos tenido en cuenta, como herramienta de estudio, las directrices relativas a la aplicación del Reglamento 330/2010, las cuales ilustran de manera detallada varios aspectos de gran relevancia para la presente obra.

Como resultado de este trabajo será posible identificar y reconocer el contrato de franquicia a partir de sus principales elementos y características y diferenciarle de otras figuras de contratos similares, así como discernir acerca de los límites que el Derecho de protección de la competencia ha impuesto sobre el contenido del mismo.

Esperamos que este trabajo sirva en alguna medida como medio de información para quienes pretendan celebrar este tipo de contrato, para quienes simplemente deseen conocer un poco mejor la figura y, especialmente, para aquellos a quienes algún vendedor o campaña publicitaria les haya llamado la atención y deseen tener un mejor entendimiento de esta figura antes de zarpar en aguas desconocidas.



## La Franquicia

### 1.1 Preliminar

Los primeros contratos de franquicia fueron celebrados en Estados Unidos como respuesta a una necesidad de encontrar fórmulas que les permitieran a los fabricantes de automóviles llevar sus productos a los consumidores finales debido a la prohibición que les hiciera la legislación *antitrust*<sup>1</sup> de ese país para vender sus productos por sí mismos. Como señala Ruiz<sup>2</sup>, esta prohibición se encontraba, junto con otras, en las secciones 1 y 3 de la Ley Sherman de 1890, cuya denominación oficial es «An Act to protect Trade and Commerce against unlawfull Restraints and Monopolies». Concretamente, este modelo fue implementado por la General Motors en 1929, luego de verse obligada a diseñar una

---

<sup>1</sup> "La legislación *antitrust* vela por el buen funcionamiento del mercado a través de la prohibición a los empresarios de llevar a cabo acuerdos que tengan como objeto o efecto, restringir la competencia". BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2011, p. 298.

<sup>2</sup> RUIZ PERIS, Juan. *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991, p. 27-28.

*red de distribución*<sup>3</sup> desligada directamente de su empresa. Posteriormente, este novedoso esquema fue utilizado como estrategia de expansión empresarial por otras compañías de la industria petrolera, farmacéutica y de productos refrescantes, dentro de las que se puede destacar a la multinacional Coca-Cola<sup>4</sup>.

No obstante, pese a que fue en Estados Unidos donde proliferó el contrato de franquicia de la forma como es actualmente conocida, en realidad la franquicia, como medio de distribución, apareció entre los años 1851 y 1863 en Francia. Allí, Isaac Singer, inventor de las máquinas de coser que llevan su nombre, consideró que, para el éxito de su producto, el cual era muy novedoso en el mercado<sup>5</sup>, era necesario diseñar una red de ventas que no solo se encargara de su distribución, sino que también de enseñar sobre su uso y prestar otros servicios complementarios<sup>6</sup>.

---

<sup>3</sup> Cuando se utiliza el término «red de distribución» se hace referencia a una técnica de integración empresarial. Una red de distribución se encuentra integrada por un grupo de personas naturales o jurídicas que han celebrado individualmente un contrato de distribución. Los contratos de distribución son aquellos en los que el productor o fabricante acuerda con el distribuidor la entrega de un bien para su reventa en una zona determinada. Así, para poder crear una red de distribución, cada una de las partes adherentes cede una parte de la capacidad de decisión a los empresarios distribuidores a cambio de una actuación coordinada de todos ellos, lo que permite aumentar la eficiencia del sistema y beneficia a todos sus miembros. ALONSO UREBA, Alberto, *et al. Los contratos de distribución*. Madrid: Editorial LA LEY, 2010, p. 61.

<sup>4</sup> RUIZ PERIS, Juan. *Los tratos preliminares en el contrato de franquicia*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2000, p. 23.

<sup>5</sup> Nos estaremos refiriendo al «mercado» tanto en su sentido amplio como en el estricto. El Derecho mercantil utiliza el término *mercado* en su sentido amplio, considerando dentro de esta designación genérica todos los hipotéticos mercados concretos que pueden ser relevantes desde el punto de vista económico. Por consiguiente, el mercado en sentido amplio equivale a tráfico económico. El concepto de mercado en sentido estricto será utilizado en el último capítulo cuando estudiemos la legislación *antitrust* aplicable al contrato de franquicia, momento en el cual, mercado equivaldrá al mercado relevante.

<sup>6</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba. *El contrato de franquicia, definición y conflictos en las relaciones internas*. Madrid: Editorial McGraw Hill/Interamericana de España S.A., 1995, p. 7-8.

Mucho ha sucedido desde las primeras manifestaciones del contrato de franquicia hasta lo que podríamos considerar hoy en día como un fenómeno que ha llevado a su “masificación”. Y es que ésta ha sido precisamente la tendencia, no solo para el contrato de franquicia, sino para los contratos de distribución en general, los cuales se han visto beneficiados por la creciente importancia del sector de la distribución y por el establecimiento de extensas redes de distribución que operan a nivel nacional e internacional<sup>7</sup>. Incluso podemos decir que, de aquella época de Isaac Singer a la actualidad, el concepto de empresa<sup>8</sup> en sí ya no es el mismo.

No obstante, pese a que en España existe una gran aceptación tanto social como comercial del contrato de franquicia, lo cierto es que aún no goza de regulación legal. En otras palabras, si bien es cierto que existe una definición de la franquicia<sup>9</sup>, no hay una regulación expresa respecto del contenido del contrato, los derechos y obligaciones de las partes, las consecuencias del incumplimiento y el régimen de terminación del mismo.

---

<sup>7</sup> ESTEVAN DE QUESADA, Carmen. “Franquicia y abuso de dependencia económica”. En: *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*. Tomo XXVI. Editorial Marcial Pons, 2005-2006, p. 147.

<sup>8</sup> La empresa entendida como un conjunto organizado de elementos personales, materiales e inmateriales para la producción o intercambio de bienes o servicios en el mercado está integrada por elementos de diversa naturaleza cada uno de los cuales está sometido al régimen jurídico propio de esa naturaleza, pero algunos de sus elementos están sujetos a una normativa específica, precisamente por su integración dentro del conjunto organizado que es la empresa. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Alberto. ob. cit., p. 225.

<sup>9</sup> La cual se puede encontrar en la Ley 7 de 1996 de Ordenación del Comercio Minorista y en el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero, por el cual se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.

## 1.2 Definición

Hace algunos años el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (DRAE) no definía el término *franquicia* en su acepción de fórmula comercial, refiriéndose únicamente a su significado de “exención para el pago de derechos de las mercaderías que se introducen o extraen o de cuantía del daño en el contrato de seguro”. Esto implicaba que fuera gramaticalmente incorrecto referirse a la franquicia como un contrato, razón que explica que fuera frecuente encontrar el término *franchising*, traído del Derecho anglosajón, para referirse a la figura. Actualmente, la vigésima edición del DRAE, incluye la definición de franquicia como la “concesión de derechos de explotación de un producto, actividad o nombre comercial, otorgada por una empresa a una o varias personas en una zona determinada”. Si bien no se trata de una definición con demasiado rigor técnico y que deja por fuera varios aspectos fundamentales de la figura, sí podemos considerar su inclusión en el DRAE como un gran avance social por haberse adoptado el término (en su acepción de figura contractual) en castellano. Esto sin duda es reflejo del que consideramos es el sentido en el que hoy en día es más utilizado el término.

La franquicia es un sistema de colaboración entre dos empresas, jurídica y económicamente independientes, ligadas por el contrato en virtud del cual una de ellas, denominada franquiciador, concede a la otra, denominada franquiciado, el derecho a explotar en determinadas condiciones una marca de fabricación, comercio o servicios, y le proporciona unos procedimientos y técnicas de explotación experimentados y

uniformes a cambio de unos pagos previamente establecidos<sup>10</sup>.

Basándonos en el anterior concepto, así como en la definición contenida en el Código Deontológico Europeo de la Franquicia<sup>11</sup>, en adelante CDEF, a continuación, nos referiremos a las principales características de la franquicia:

- a. Es un sistema de distribución indirecta.** Responde a una estrategia diseñada como fórmula para distribuir los productos y/o servicios y/o tecnologías, en un mercado. Se refiere al método que será utilizado por una empresa<sup>12</sup> productora o mayorista, a través del cual, transmitirá la propiedad de sus productos al distribuidor, el cual se ocupará de su reventa a los consumidores finales asumiendo el riesgo económico y jurídico de la misma<sup>13</sup>.

---

<sup>10</sup> MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA. *Informe sobre la franquicia comercial en España*. Madrid, 1990, p. 21.

<sup>11</sup> Norma de orden deontológico promulgado en el año 1991 por la Federación Europea de la Franquicia, el cual puede ser encontrado en la página web [http://www.mundofranquicia.com/normativa-legal/Codigo\\_Deontologico\\_Europeo\\_de\\_Franquicia.pdf](http://www.mundofranquicia.com/normativa-legal/Codigo_Deontologico_Europeo_de_Franquicia.pdf), la cual define la franquicia en su artículo 1, así: "La franquicia es un sistema de comercialización de productos y/o servicios y/o tecnologías basado en una colaboración estrecha y continua entre empresas jurídica y financieramente independientes, el franquiciador y sus franquiciados, en la cual el franquiciador otorga a sus franquiciados el derecho, e impone la obligación de explotar una empresa de conformidad con el concepto del franquiciador".

<sup>12</sup> A los efectos de las leyes de competencia, no debe asimilarse el concepto de empresa al de comerciante, el cual es definido en el artículo 1 del Código de Comercio español, sino que debe entenderse en un sentido más económico como todo aquel que participe en el mercado con fines concurrentiales. El Reglamento 330/2010, en su artículo 1.C, introduce el concepto de empresa competidora y potencialmente competidora para diferenciar a aquellas que se encuentran activas en el mismo mercado de las que se encuentran en etapas preparatorias para penetrar el mercado en cuestión.

<sup>13</sup> GALÁN CORONA, Eduardo. "Los contratos de distribución. Ideas generales". En: HERRERO GARCÍA, María. *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2010, p. 26.

- b. Las partes en la franquicia son el franquiciador y el franquiciado.** El franquiciador es un empresario que ha desarrollado un sistema de negocio, lo ha probado con suficiente tiempo en el mercado comprobando su éxito, es titular de unos signos distintivos, de una marca y/o patentes<sup>14</sup>, y ha seleccionado como sistema de distribución la creación de una red de franquicia<sup>15</sup>. Por su parte, el franquiciado es la persona física o jurídica que realiza la explotación de la empresa franquiciada, cuyo soporte patrimonial le es transmitido por el franquiciador según unas técnicas contractuales comerciales uniformes y bajo el control atribuido contractualmente por aquél, pero sin perder la condición de empresario independiente que actúa por cuenta propia.<sup>16</sup>
- c. Existe una estrecha relación de colaboración entre las partes.** Si bien el concepto del CDEF habla de relaciones estrechas de colaboración, la doctrina las incluye dentro de la categoría más amplia de *relaciones de cooperación*, razón por la cual consideramos más apropiado el uso de este término. La cooperación en los sistemas de distribución conlleva la búsqueda de objetivos comunes de los miembros del canal, coordinación entre sus integrantes, relaciones que se prolongan a lo largo del tiempo, compromiso y confianza entre las partes, colaboración, compartir riesgos, ausencia de conflictos, búsqueda de eficacia y eficiencia, fidelidad, etc.<sup>17</sup>

---

<sup>14</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A. *La franquicia, aplicación práctica y jurídica*. Editorial Aranzadi S.A., 2000, p. 21.

<sup>15</sup> Por red de franquicia se entiende un conjunto de empresarios jurídicamente independientes, pero económicamente vinculados e interdependientes como consecuencia de compartir la explotación de un modelo de empresa. VÁSQUEZ ALBERT, D., comp. *Los contratos de distribución comercial, novedades legislativas y jurisprudenciales*, Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010, p. 90.

<sup>16</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, comp. *Tratado de contratos*. Tomo III. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2009, p. 3228.

<sup>17</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F. *El sistema de Franquicia*. Madrid: Ediciones Pirámide, 2005, p. 30.

- d. Las partes son independientes jurídica y financieramente.** El franquiciado es responsable por todos los medios humanos y financieros de los que se sirva para la ejecución de la franquicia que ha contratado<sup>18</sup>.
- e. Debe plasmarse en un contrato.** El sistema de franquicia solo puede llegar a materializarse a través de un contrato. El contrato de franquicia es un negocio jurídico producto del acuerdo de voluntades de las partes que puede ser definido como el acuerdo en virtud del cual una empresa, el franquiciador, otorga a otra, el franquiciado, a cambio de una contraprestación financiera directa o indirecta, el derecho y el deber de explotar una franquicia para comercializar productos y/o servicios y/o tecnologías, y que comprende: (i) el uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato; (ii) la comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, y (iii) la prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial y/o técnica durante toda la vigencia del acuerdo. En estos términos ha sido definido el contrato de franquicia por el Tribunal Supremo de España<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> MAYORGA TOLEDANO, M. *El contrato de franquicia mercantil*. Granada: Editorial Comares, 2003, p. 138.

<sup>19</sup> STS No. 754/2005 de 21 octubre (RJ 2005/8274). La Audiencia Provincial de Madrid recoge una definición de la doctrina según la cual es "aquel que se celebra entre dos partes jurídica y económicamente independientes, en virtud del cual una de ellas, franquiciador, otorga a la otra, franquiciado, el derecho a utilizar bajo determinadas condiciones de control, y por un tiempo y zona delimitados, una técnica en la actividad industrial o comercial o de prestación de servicios del franquiciado, contra entrega por éste de una contraprestación económica", SAP Madrid No. 457/2006 de 11 octubre (AC 2007/430).

- f. Otorga un derecho y una obligación.** Implica necesariamente que, si bien se otorga una suerte de permiso de explotación, la omisión de la obligación de no ejercer su actividad, será en todo caso un flagrante incumplimiento contractual.
- g. El franquiciador posee facultades de dirección y orientación.** Éstas son atribuidas contractualmente y deberán ser acatadas por el franquiciado<sup>20</sup>.
- h. El franquiciador debe transmitir unos de derechos de propiedad o el derecho de uso de signos distintivos.** Dentro de estos se comprende la marca, el nombre comercial y la denominación de origen.
- i. El franquiciador debe transmitir un know how.**
- j. El franquiciado debe prestar asistencia y ayuda técnica permanente al franquiciado durante toda la ejecución del contrato.**

### 1.3 Normativa aplicable al contrato de Franquicia

Como hemos mencionado anteriormente, en España no existe una ley que regule concretamente el contrato de franquicia, por lo que consideramos conveniente precisar las normas que se refieren a esta figura indirectamente; son las siguientes: títulos primero y segundo, libro IV, del Código Civil sobre obligaciones y contratos; artículos 51 a 53 del Código de Comercio; el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista<sup>21</sup> (no regula la franquicia industrial); el Real

---

<sup>20</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A., ob. cit., p. 26.

<sup>21</sup> BOE No. 15 de 17 de enero de 1996.



Decreto 201/2010<sup>22</sup>, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores; el Real Decreto 1816/1991<sup>23</sup> sobre Transacciones Económicas con el Exterior; Ley 7/1998<sup>24</sup> sobre condiciones generales de la contratación; Ley 17/2001<sup>25</sup> de Marcas<sup>26</sup>; Ley 11/1986 de Patentes<sup>27</sup>; Ley 15/2007 de defensa de la competencia<sup>28</sup>; Ley 29/2009<sup>29</sup>, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. En el Derecho comunitario, encontramos el Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, el cual es directamente aplicable al contrato de franquicia.

De las normas mencionadas, el artículo 62 de la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, en adelante LOCM, contiene el acercamiento más importante que existe actualmente en España a una definición de franquicia. Este artículo dice:

---

<sup>22</sup> BOE No. 63 de 13 de marzo de 2010.

<sup>23</sup> BOE No. 310 de 27 de diciembre de 1991.

<sup>24</sup> BOE No. 89 de 14 de abril de 1998.

<sup>25</sup> BOE No. 203 de 24 de agosto de 2001.

<sup>26</sup> BOE No. 294 de 8 diciembre 2001.

<sup>27</sup> BOE No. 73 de 26 de marzo de 1986.

<sup>28</sup> BOE No. 159 de 4 de julio de 2007.

<sup>29</sup> BOE No. 315 de 31 de diciembre de 2009.

## “Artículo 62. Regulación del régimen de franquicia.

1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios.”

Lo primero que hay que resaltar es que, aunque el artículo 62 de la LOCM se denomine “Regulación del régimen de franquicia”, en realidad en sus tres numerales solo podemos encontrar una definición de la actividad comercial en régimen de franquicia (en el numeral primero), un deber de registro y unas obligaciones de información precontractual que deben ser entregadas al franquiciado por escrito (en los otros dos numerales). Este artículo se encuentra, por lo tanto, lejos de suponer una regulación completa del contrato de franquicia.

Por otro lado, resulta pertinente señalar que la definición del régimen de franquicia contenida en el numeral primero se encuentra lejos de poder ser aplicada a todos los contratos de franquicia en general, ya que ésta no puede aplicarse a la franquicia industrial. La razón es que el ámbito objetivo de la norma de regulación del comercio minorista no puede comprender ni regular acuerdos de empresas fabricantes de productos<sup>30</sup>.

Sin embargo, la principal crítica doctrinal que se le hace a este artículo, es su amplitud conceptual, la cual puede llevar al intérprete a incluir como franquicia muchos acuerdos que no

---

<sup>30</sup> VAQUERO PINTO, María, *op. cit.*, p. 3221.

tienen tal naturaleza.<sup>31</sup> Adicionalmente, aunque la norma sitúa la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios como el núcleo esencial que comprende el sistema de franquicia, lo cierto es que no especifica qué prestaciones deben encontrarse comprendidas dentro del mismo, como lo son el *know how*, los signos distintivos y la prestación continua de asistencia técnica.

Por su parte, el Real Decreto 201/2010 de 26 de febrero<sup>32</sup>, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores, en adelante RDACF, en su artículo 2 define la actividad comercial en régimen de franquicia de la siguiente manera:

“Artículo 2. Actividad comercial en régimen de franquicia.

1. A los efectos del presente Real Decreto, se entenderá por actividad comercial en régimen de franquicia, regulada en el artículo 62 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, aquella que se realiza en virtud del contrato por el cual una empresa, el franquiciador, cede a otra, el franquiciado, en un mercado determinado, a cambio de una contraprestación financiera directa, indirecta o ambas, el derecho a la explotación de una franquicia, sobre un negocio o actividad mercantil que el primero venga desarrollando anteriormente con suficiente experiencia y éxito, para comercializar determinados tipos de productos o servicios y que comprende, por lo menos:

---

<sup>31</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 327.

<sup>32</sup> BOE No. 63 de 13 de marzo de 2010.

- a. El uso de una denominación o rótulo común u otros derechos de propiedad intelectual o industrial y una presentación uniforme de los locales o medios de transporte objeto del contrato.
- b. La comunicación por el franquiciador al franquiciado de unos conocimientos técnicos o un saber hacer, que deberá ser propio, sustancial y singular, y
- c. La prestación continua por el franquiciador al franquiciado de una asistencia comercial, técnica o ambas durante la vigencia del acuerdo; todo ello sin perjuicio de las facultades de supervisión que puedan establecerse contractualmente.”

La inclusión de prácticamente la totalidad de los elementos que hemos mencionado anteriormente al analizar la definición de franquicia, nos permite intuir un concepto más preciso. No obstante, no se hace ninguna alusión a una relación de cooperación entre las partes (así como tampoco los hace el artículo 62.1 LOCM) y se introducen elementos como lo son *la suficiente antelación, experiencia y éxito* que se exige del negocio o actividad mercantil desarrollada por el franquiciador<sup>33</sup>.

Finalmente, queremos resaltar la iniciativa legislativa conocida como la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución (en adelante, PALCD), cuyo propósito es el de conjugar, en la medida de lo posible, el principio de libertad de empresa y la autonomía de

---

<sup>33</sup> Los elementos subjetivos dentro de una norma conllevan un margen de interpretación abierto para que la jurisprudencia varíe en uno u otro sentido. Las preguntas que debemos hacernos son, ¿qué debe entenderse por éxito?, ¿cuándo podemos considerar que el franquiciador cuenta con la suficiente experiencia? y ¿durante cuánto tiempo debe el franquiciador haber probado su fórmula empresarial para que sea considerada como suficiente?

la voluntad de las partes con la tutela de lo que se denomina habitualmente la parte más débil del contrato, el distribuidor, en este caso, a fin de corregir lo que se perciben como desequilibrios de poder entre fabricantes (proveedores, en la terminología de la PALCD) y distribuidores, e impedir posibles comportamientos abusivos de dichos fabricantes<sup>34</sup>. El futuro de esta iniciativa es incierto, pero no por ello carente de relevancia dogmática por constituir un primer intento de regulación global de los contratos de distribución.

## 1.4 Clases de Franquicia

Existen numerosos criterios por medio de los cuales es posible clasificar los distintos sistemas de franquicia; esto a partir de unas u otras características de las ya revisadas. A continuación, se exponen algunos de los que podrían ser considerados como principales:

### *1.4.1 Según la posición que ocupen en el canal de distribución el franquiciador y el franquiciado*

Este criterio hace referencia a la posición que ocupen el franquiciador y el franquiciado dentro de los tres niveles del canal de distribución, sea fabricante, mayorista o minorista. En este sentido es importante recordar que un canal de distribución clásico guarda un esquema en forma de pirámide. En la cima se encuentra el fabricante, siendo éste el encargado de la fabricación del producto. En el segundo escaño se encuentra el mayorista quien, como es posible deducir por su nom-

---

<sup>34</sup> GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Contratos de Distribución". En: *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*. No. 1. (Enero 2010), p. 4.

bre, se encarga de la venta al por mayor a pequeños y medianos comerciantes, quienes a su vez conforman el tercer escalón de la pirámide. Los minoristas son, en el canal de distribución, quienes se encargan de la venta al usuario final o consumidor<sup>35</sup>. Entendiendo esta pirámide como una serie de niveles, la franquicia de acuerdo a este criterio se puede clasificar en:

- a. Franquicia vertical.** Se tratará de una franquicia vertical siempre que el franquiciado y el franquiciador se encuentren en niveles diferentes dentro de la estructura del canal de distribución.<sup>36</sup> A su vez, se tratará de una franquicia vertical integrada, si el sistema de franquicia comprende la totalidad del canal de distribución, es decir, cuando integra tanto el proceso de distribución como el de venta al usuario final o consumidor. Esto sucede cuando el franquiciador es el fabricante del producto y el franquiciado es un minorista. Un ejemplo de este tipo de franquicia es Yves Rocher. Por su parte, hablaremos de franquicia vertical semintegrada, cuando el sistema de franquicia no abarca la totalidad del canal de distribución, siendo el franquiciador un mayorista y el franquiciado un minorista. Por ejemplo, Merkamueble en España.
- b. Franquicia horizontal.** Habrá franquicia horizontal cuando tanto el franquiciador como el franquiciado se encuentren en el mismo nivel en el canal de distribución. A su vez, este tipo de franquicia puede ser de fabricantes y de minoristas<sup>37</sup>. Un ejemplo de la primera sería Coca-Cola, mientras que un ejemplo clásico de franquicia de minoristas se da en la franquicia del sector hotelero, por ejemplo, la cadena Ibis Hotel.

---

<sup>35</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 42.

<sup>36</sup> *Ibíd*em, p. 43.

<sup>37</sup> *Ibíd*em, p. 44.

### 1.4.2 Según la actividad que desarrollará el franquiciado

Realmente esta es la clasificación mayormente utilizada tanto por el legislador (como veremos, esta clasificación resultará relevante para el estudio de las normas protectoras de la competencia aplicables a la franquicia), como para la jurisprudencia. Dentro de este criterio la franquicia puede ser de tres tipos:

- a. Franquicia industrial.** En este tipo de franquicia, el franquiciador autoriza a terceros a fabricar los mismos productos que él fabrica. Danone es un ejemplo de franquicia industrial<sup>38</sup>. Se identifica con la franquicia horizontal de fabricantes *antes vista*.
- b. Franquicia de distribución.** Tiene por objeto la distribución de productos cuyo destinatario es el consumidor final. El franquiciador puede tratarse de un productor o un distribuidor<sup>39</sup>. La franquicia de distribución es realmente la única que conforma un sistema de distribución.
- c. Franquicia de servicios.** En esta modalidad de franquicia, el franquiciado presta idénticos servicios a los prestados por el franquiciador, siguiendo sus mismos métodos y usando como rótulo los signos distintivos de aquél. Es frecuente encontrar en este tipo de franquicia una venta de productos, pero en este caso estos serán complementarios a la actividad desarrollada por el franquiciado<sup>40</sup>. Para entender el concepto, piénsese en una franquicia de comidas como lo es McDonald's. Los productos vendidos cada día son elaborados de acuerdo con las estrictas indicaciones del franquiciador (el saber hacer), asegurando así una homogeneidad en calidad y sabor en todo el sistema de franquicia.

<sup>38</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>39</sup> SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO, *op. cit.*, p. 24.

<sup>40</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 45.

### 1.4.3 Según el tipo de contrato

En esta categoría ubicamos tres tipos de franquicia:

- a. Franquicia principal.** Es aquella en la que el contrato es celebrado entre un franquiciador y un franquiciado, de manera directa.
- b. Máster franquicia.** En este tipo de franquicia, el contrato no es celebrado directamente por el franquiciador y el franquiciado sino por este último y el *máster franquiciado*.<sup>41</sup> El franquiciado máster adquiere el derecho exclusivo a explotar y desarrollar la franquicia en un territorio determinado directamente o a través de franquiciados que contratan con él y frente a los que asume la obligación de prestar la asistencia y formación comercial necesaria<sup>42</sup>.
- c. Franquicia *corner*.** Es aquella que va a comercializarse dentro de otro establecimiento que destina un espacio a la venta de los productos o a la prestación de los servicios del franquiciador. Por lo general, se tratará de un tipo de actividades que no requieren espacios grandes o cuyo éxito depende de su conexión con otro producto o servicio<sup>43</sup>. Un buen ejemplo son las franquicias de nachos con queso que usualmente se encuentran dentro de los cines.

---

<sup>41</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A., *op. cit.*, p. 29.

<sup>42</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 71.

<sup>43</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A., *op. cit.*, p. 29.



## 1.5 Comparación de la Franquicia con otros Acuerdos Verticales

Anteriormente, cuando nos referíamos a las características del contrato de franquicia, mencionábamos que se trata de un contrato complejo en el cual se encuentran elementos de diversos tipos contractuales. En este punto, vale la pena resaltar que la franquicia no es solo una mezcla de elementos provenientes de otros contratos, se trata de un tipo contractual distinto (tanto en objeto como en causa) y autónomo (no depende de ninguno de estos elementos para existir, simplemente se sirve de ellos para la consecución de su fin). La presencia de estos elementos coincidentes con otras figuras del tráfico ha causado que consideremos pertinente distinguir el contrato de franquicia de otros con los cuales guarda ciertas similitudes.

### *1.5.1. Distinción respecto de los contratos de distribución*

En el sentido económico, la distribución implica una actividad de un sujeto que permite acceder al consumidor final a las mercancías producidas en un lugar diferente de aquel en que éste se encuentra, obteniendo con su enajenación un beneficio<sup>44</sup>. En este sentido, la distribución de mercancías puede ser realizada directamente por el productor o puede valerse de sujetos distintos, para lo cual se verá en la necesidad de celebrar un contrato de aquellos conocidos como *contratos de distribución*.

---

<sup>44</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 113.

Si nos ubicamos en el primer caso, nos encontramos en una estructura de distribución directa, en la cual el productor utilizará los medios de su propia organización empresarial para asegurarse que su producto llegue a manos de los consumidores. Sin embargo, esta tarea es más sencilla cuando el consumidor se encuentra geográficamente cercano al lugar de producción, y se torna cada vez más difícil en la medida en que se encuentre más distante. El empresario podrá valerse entonces de la figura de las sucursales y de las filiales, o bien puede utilizar los servicios de un tercero. En ambos casos, el empresario nunca deja de asumir el riesgo de la contratación con los usuarios finales. Dentro de estos terceros, la figura más representativa es la del agente<sup>45</sup>.

En el caso de la distribución indirecta, nos encontramos frente a cadenas de distribución mucho más complejas en las que será un empresario independiente quien se encargará de llevar el producto a manos del consumidor final asumiendo el riesgo de esta contratación. Dentro de esta categoría encontramos los contratos de concesión mercantil, distribución selectiva y el de franquicia. Como indica Mayorga Toledano<sup>46</sup>, estos contratos “comparten en común la existencia de relaciones de colaboración empresarial, en las que las partes se asocian bajo unos objetivos e intereses comunes, se transmiten recíprocamente información y la actividad se

---

<sup>45</sup> Según el artículo 1 de 1992, debemos entender por el *contrato de agencia* aquel por medio del cual una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra, de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.

<sup>46</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 15.

encuentra coordinada bajo unos principios concretos. A su vez, esta colaboración se encuentra dirigida por el organizador de la red, lo que implica una selección, con mayor o menor intensidad, de los distribuidores”.

Sin embargo, la franquicia consta de rasgos particulares que lo diferencian de cualquier otro contrato y, por tanto, lo convierten en único, pese a cualquier similitud con otros contratos de distribución integrada. Una de las principales diferencias es que la franquicia es un contrato que tiene como causa única la transmisión del derecho a utilizar temporalmente un modelo de empresa<sup>47</sup>. De hecho, el contrato de franquicia puede ser utilizado en cualquiera de los tres grandes sectores de la actividad económica: la industria, los servicios y la distribución, sin reservarse únicamente para este último. No obstante, esta característica no llega a desvirtuar su carácter unitario, ya que puede reconocerse en todos ellos un conjunto de obligaciones y derechos comunes que lo caracterizan y que constituyen su contenido esencial<sup>48</sup>.

A continuación, realizaremos una distinción puntual del contrato de franquicia de distribución en relación con los contratos de concesión mercantil y de distribución selectiva.

#### *A. Distinción respecto del contrato de concesión mercantil*

El contrato de concesión mercantil es aquel por el que un empresario (concesionario) pone su empresa al servicio de otro (concedente) para asegurar exclusi-

---

<sup>47</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 90.

<sup>48</sup> RUIZ PERIS, Juan., *op. cit.*, p. 114.

vamente, en un territorio determinado y bajo control del concedente, la comercialización, en nombre y por cuenta propios, de productos de marca cuya reventa se le otorga en condiciones determinadas<sup>49</sup>. Similar a como sucede en la franquicia, el conjunto de contratos de concesión mercantil es lo que conforma la red de distribución del productor.

El contrato de franquicia presenta importantes semejanzas con el contrato de concesión, pero se diferencia de éste en que lo que se transmite es el derecho a usar el modelo de empresa propio del franquiciador. La franquicia se diferencia pues del contrato de concesión en que su causa no es la venta sino la reproducción del sistema de fabricación o venta acreditado por otro empresario<sup>50</sup>.

Otra diferencia la podemos encontrar en la identidad de imagen, la cual se produce únicamente en la franquicia. En la concesión, el concesionario utiliza sus propios signos distintivos junto con los del concedente, se anuncia al público con su propio nombre y utiliza su propio rótulo de establecimiento.

Otra diferencia entre ambas figuras la podemos encontrar en los sujetos que pueden llegar a ser franquiciadores y los que pueden ser concedentes. Este último siempre será el productor o el fabricante de los productos, mientras que en el caso del franquiciador puede tratarse del fabricante, un distribuidor o incluso un máster franquicia.

---

<sup>49</sup> HERRERO GARCÍA, María, *op. cit.*, p. 29.

<sup>50</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 70.

## *B. Distinción respecto del contrato de distribución selectiva*

El contrato de distribución autorizada o selectiva es aquel por el que un proveedor se obliga a vender los bienes y servicios objeto del contrato únicamente a distribuidores seleccionados por él y que no gozan de exclusividad territorial, mientras que el distribuidor se compromete a revenderlos a consumidores y usuarios finales, respetando las instrucciones pactadas y prestando asistencia técnica a los compradores<sup>51</sup>.

Los criterios cualitativos de selección son esenciales para el contrato de distribución selectiva. Ahora bien, aunque pueden existir criterios cualitativos de selección para el franquiciado, lo cierto es que ésta no es una estipulación esencial del contrato de franquicia de distribución<sup>52</sup>. Por otra parte, de manera similar a lo que ocurre en el contrato de concesión mercantil, tampoco podemos encontrar en el contrato de distribución selectiva una identidad de imagen. El distribuidor selectivo se anuncia utilizando su propio rótulo de establecimiento e incrementando su clientela en el sector específico en el que opera, pensemos por ejemplo en el caso de las perfumerías. Incluso, es usual que el distribuidor seleccionado distribuya en su comercio productos distintos a los contratados mediante distribución selectiva.

Adicionalmente, ni en el contrato de concesión mercantil ni en el de distribución selectiva son usuales los cánones iniciales y/o periódicos que podemos encontrar en el contrato de franquicia.

---

<sup>51</sup> *Ibíd*em, p. 90.

<sup>52</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 117.

### *1.5.2 Distinción con respecto de otros contratos de transmisión de derechos sobre bienes inmateriales*

El contrato de franquicia contiene estipulaciones especiales con respecto del uso por parte del franquiciado de los signos distintivos del franquiciador. Sin embargo, el objeto de todos los contratos de franquicia recae sobre un bien inmaterial, el modelo de empresa, por esta razón no debe ser confundido con aquellas otras figuras contractuales cuyo objeto único es la cesión o licencia de uso de derechos sobre bienes inmateriales<sup>53</sup>.

Dentro de los contratos de transmisión de derechos sobre bienes inmateriales hay que distinguir dos categorías. La primera se refiere a aquellos contratos que implican la renuncia del derecho por parte del transmitente y en los que se produce una transmisión definitiva del derecho. Estos son los contratos de cesión de derechos. La otra categoría de contratos son los de licencia de uso, en los cuales el titular del derecho autoriza el disfrute del bien inmaterial sobre el cual recae el derecho durante un tiempo determinado. Por las características de la franquicia, es necesario que el franquiciador cuente en todo momento con la titularidad de los bienes inmateriales que conforman su fórmula empresarial, razón por la cual solo encontraremos cláusulas que otorguen licencias de uso y no cláusulas que impliquen cesión.

Por medio del contrato de licencia de marca, el propietario de una marca (licenciante) permite que otra persona (licenciataria) identifique con ella los bienes y servicios que ofrezca. El objeto de ambos contratos es

---

<sup>53</sup> *Ibíd.*, p. 107.

distinto. Mientras que en el contrato de licencia su objeto es la marca, en el contrato de franquicia su objeto es el modelo de empresa, correspondiendo a dos bienes inmateriales distintos<sup>54</sup>. A su vez, el contenido del contrato de franquicia supera ampliamente al de licencia de marca, contando con un abanico de obligaciones que excede el propósito de este último.

Aunque consideramos que lo anteriormente dicho ya es motivo suficiente para considerar estos dos contratos como dos figuras independientes, creemos pertinente señalar otra diferencia. Si bien el contrato de franquicia puede llegar a contener una licencia de marca, en este caso el franquiciador no solo autorizará su uso al franquiciado, sino que irá más allá: también le dirá cómo utilizarla. Esta diferencia resulta importante a la hora de determinar el incumplimiento en los términos del uso al que ha sido autorizado el franquiciador, el cual, en todo caso, será más restringido.

---

<sup>54</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 108.

### El Contrato de Franquicia

En este capítulo nos dedicaremos a caracterizar el contrato de franquicia, así como a analizar los principales derechos y obligaciones que le corresponden a cada una de las partes contratantes.

#### 2.1 Principales características del Contrato de Franquicia

las siguientes son las principales características que podemos señalar del contrato de franquicia:

- a. Es atípico.** Como ya ha quedado anotado antes, es necesario calificar el contrato de franquicia como atípico, ya que no existe ninguna norma dentro del ordenamiento jurídico español que regule de manera ordenada y específica todo lo relacionado con el contenido, derechos y obligaciones de las partes y las consecuencias del cumplimiento o incumplimiento de dicho contrato. Solo son típicos los contratos cuyas características esenciales, nacimiento y efectos, se encuentran regulados por la ley, aunque se trate de una regulación sucinta que deba ser completada en gran medida con las normas generales sobre los contratos<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo. *Tratado de contratos*. Tomo I. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009, p.108.



Según señala el Tribunal Supremo de España, por su carácter atípico “el contrato de franquicia se registrará en primer lugar por la voluntad de las partes plasmada en cláusulas y requisitos concretos que, fundados sin duda en relaciones de buena fe y mutua confianza, deben producir todos sus efectos, y para el caso de que hubiera lagunas, para interpretar su contenido será preciso recurrir a figuras de contratos típicos afines”.<sup>56</sup>

- b. Es un contrato complejo.** El contrato de franquicia es el resultado de la suma de contratos ya conocidos, tanto típicos como atípicos, y de elementos que por sí solos no podrían caracterizar un contrato<sup>57</sup> (por esta razón se le denomina comúnmente como contrato tipo). Si se le realiza una especie de autopsia, por decirlo de alguna manera, encontraremos que muchas de sus obligaciones corresponden a algún tipo contractual que ya existe en el tráfico mercantil. De esta manera, podemos encontrar, por ejemplo, obligaciones propias del contrato de suministro, licencias de marca y de la compraventa.
- c. Es consensual.** Para su perfeccionamiento, se requiere únicamente la manifestación de la voluntad de las partes intervinientes en el contrato, surgiendo desde ese mismo momento la obligatoriedad de la ejecución de lo en él pactado<sup>58</sup>. Aunque no existe una norma que obligue a su celebración por escrito, debido a la libertad de las partes para configurar su contenido, resulta más que recomendable plasmar sus derechos y obligaciones en un documento.

---

<sup>56</sup> STS No. 8066/1994 de 2 de octubre de 1999 (Ley 2185/2000) FJ (2).

<sup>57</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *op. cit.*, p. 107.

<sup>58</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 89.

Podemos observar que en los numerales 3 y 4 del CDEF, los cuales contemplan el deber de celebrar el contrato por escrito como una obligación a cargo del franquiciador<sup>59</sup>, la cual tiene su fundamento en el carácter complejo del contrato de franquicia, en el cual se incluyen cláusulas generales<sup>60</sup>, acuerdos por los cuales se transfiere la propiedad o se pacte un usufructo o licencia sobre una patente, así como otros elementos de los que el legislador ha exigido una forma escrita para otorgarle eficacia frente a terceros<sup>61</sup>.

**d. Es bilateral.** Las partes del contrato de franquicia son el franquiciador y el franquiciado. Si bien, la franquicia implica la existencia de un sistema de comercialización en donde el franquiciado entra a hacer parte de una red compuesta de muchas partes, esto no llega a desvirtuar su carácter bilateral<sup>62</sup>.

**e. Es sinalagmático.** Produce efectos tanto para el franquiciador como para el franquiciado. Autores como Gallego, aun reconociendo la existencia de esta característica, atribuyen mayor importancia a la relación de cooperación que surge entre franquiciado y franquiciador para la consecución de un objetivo común<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> El precepto 5.1 del CDEF señala: "El franquiciador establecerá en el contrato escrito, de forma completa y precisa, los derechos, obligaciones y responsabilidades de las partes".

<sup>60</sup> La caracterización del contrato de franquicia como contrato de adhesión obliga a las partes a observar lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 7/1998 sobre condiciones generales de la contratación. Particularmente el numeral 5.3 dice: "Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración; o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración."

<sup>61</sup> Sobre el particular el artículo 74.2 de la Ley 11/1986 de 20 de marzo de *Patentes de invención y modelos de utilidad* exige la forma escrita para que el acuerdo sea válido.

<sup>62</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 87.

<sup>63</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. *La Franquicia*. Madrid: Editorial Trivium S.A., 1991, p. 24.

Sin embargo, la sinalagmaticidad de las contraprestaciones puede apreciarse si se tiene en cuenta que el contrato de franquicia es un sistema a través del cual se coordinan intereses contrapuestos, sin importar que compartan una última finalidad de éxito que podemos encontrar en cualquier red de distribución.

Vale la pena resaltar que en el caso de la franquicia, las obligaciones entre las partes, aunque recíprocas, generalmente son desiguales. Así, en el momento en el que un empresario<sup>64</sup> o persona física se adhiere a una red de franquicia en calidad de franquiciado, pierde gran parte de su autonomía. El franquiciado estará sometido al control del franquiciador en todos y cada uno de los aspectos de la actividad<sup>65</sup>. Claro está que esta pérdida es precisamente parte de lo que debe ser analizado por todo futuro franquiciado como parte de un balance general de los beneficios que le reportará su nueva condición en comparación con la subordinación, por decirlo de alguna manera, que deberá mantener a las direcciones del franquiciador.

No obstante, consideramos que esta desigualdad no es argumento suficiente para crear un régimen de protección especial al franquiciado, ya que no debemos perder de vista que éste se trata de un empresario que no solo puede, sino que debe hacer un análisis previo a la contratación que le permita conocer, con algún grado de certeza, cuáles son los riesgos contractuales que asumirá en el negocio en concreto. Es cierto que en la práctica son muchos los casos en los que se presentan abusos por parte de franquiciadores, pero no creemos que el abuso se deba convertir en la regla de la cual deba partir el legislador a la hora de regular el contrato de franquicia.

---

<sup>64</sup> En este punto nos estamos refiriendo al concepto de empresario como el de la persona que dirige y organiza una serie de recursos con el objeto de explotar un negocio.

<sup>65</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A., *op. cit.*, p. 26.

- f. Es oneroso.** Los contratos onerosos conllevan una contraprestación económica a cargo de una de las partes y en favor de la otra, es decir, todo beneficio que cualquiera de las partes involucradas en el contrato de franquicia pueda obtener es consecuencia de un propio sacrificio previo, simultáneo o posterior en el tiempo<sup>66</sup>. El contrato de franquicia es oneroso porque el franquiciado soporta unas contraprestaciones financieras, las cuales pueden realizarse de manera directa, a través del pago de determinadas sumas de dinero en forma de tasa inicial o continua, o bien de manera indirecta, como sería, por ejemplo, en los casos en los que, sin recibir el franquiciador una suma de dinero, consigue satisfacer su finalidad lucrativa a través de la no realización de descuentos en el suministro de bienes (en relación con otros miembros de su cadena de distribución) o bien simplemente al lograr un incremento en su volumen de ventas<sup>67</sup>.
- g. Es un contrato mercantil.** Sin lugar a dudas, el contrato de franquicia es un contrato mercantil, no solo porque las partes que en él intervienen son comerciantes sino también porque su objeto recae en un acto de comercio (la transmisión de un modelo de empresa) y con una clara finalidad concurrencial en el mercado.
- h. Es *intuitu personae*.** De la existencia de una relación de cooperación como elemento integrador de la franquicia, es de suponer que el contrato de franquicia implique una estrecha relación de *confianza* entre el franquiciador y el franquiciado. Es por este motivo que es usual observar grandes listas de requisitos en los procesos de selección de los futuros franquiciados.

---

<sup>66</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 115.

<sup>67</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 341.

No solo suele exigirse una determinada capacidad económica que soporte el futuro cumplimiento de las obligaciones sino también cualidades personales, del personal que se encargará de la gestión del negocio, antigüedad en el comercio, conocimiento del mercado, entre otros.

Si bien esta característica resulta aplicable para ambas partes, parece ser que en la práctica termina dándosele más importancia a las características personales del franquiciado que a las del franquiciador, lo cual se aprecia en los muchos contratos en los que se incluyen cláusulas de prohibición de cesión de la posición contractual para el franquiciado<sup>68</sup> (al menos sin permiso del franquiciador) sin que se haga mención alguna a la cesión por parte del franquiciador ni sobre la venta de acciones o participaciones de su sociedad, lo que supone una libertad absoluta para realizar cambios parciales o absolutos en todos los contratos de franquicia vigentes al momento de la cesión. En nuestra opinión, esta práctica desnaturaliza la caracterización del contrato de franquicia como *intuitu personae*.

Esta característica se manifiesta, en el caso de las personas jurídicas, en las exigencias relativas a una determinada organización empresarial, razón por la cual es usual que se estipule en el contrato de franquicia cláusulas especiales que limiten la transmisibilidad de la condición de socio de la persona que ostenta la cualidad de socio mayoritario en la sociedad que actúa como franquiciado, así como el ingreso de nuevos socios en las sociedades personalistas o la enajenación de acciones o de participaciones en las sociedades anónimas, comanditarias por acciones o de responsabilidad limitada<sup>69</sup>.

---

<sup>68</sup> Es igualmente frecuente encontrar cláusulas aún más restrictivas, que ya no solo se refieren a la cesión sino que también se extienden a cualquier venta de acciones en el caso de las sociedades anónimas o participaciones sociales en el caso de la sociedad limitada, sin que se cuente con permiso del franquiciador.

<sup>69</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 91.

- i. **Es de tracto sucesivo.** Los contratos de ejecución instantánea son aquellos en los que las prestaciones pactadas por las partes se intercambian en único momento. En contraposición a este concepto se encuentran los contratos de tracto sucesivo, los cuales se caracterizan por ser contratos duraderos en los que las prestaciones se realizan de forma continuada<sup>70</sup> durante un periodo de tiempo definido o indefinido. La franquicia puede entonces ser clasificada como contrato sucesivo, ya que existe una secuencia de prestaciones continuadas en el tiempo por ambas partes.
- j. **Es un contrato marco.** Para la configuración de la red de franquicia, el franquiciador dispondrá de un contrato «marco» que le permita fijar un resultado común a todos los contratantes. En efecto, los franquiciadores aceptarán las condiciones de un contrato que será replicado para todos aquellos que se unan a la red. No obstante, aunque es cierto que ningún franquiciado podrá modificar alguna de las cláusulas esenciales del mismo, esta característica en nada impide la negociación de alguna cláusula particular<sup>71</sup>.
- k. **Es un contrato de adhesión.** Son condiciones generales de la contratación, las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sean impuestas por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 342.

<sup>71</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *op. cit.*, p. 113.

<sup>72</sup> Art. 2 de la Ley 7/1998 del 13 de abril sobre condiciones generales de la contratación, en adelante LGCGC. BOE No. 89 de 14 de abril de 1998.

La caracterización del contrato de franquicia como contrato marco, supone la aceptación del franquiciado de unas obligaciones idénticas para todos los miembros de la red, las cuales son necesarias para mantener la homogeneidad de la misma. Visto de esta manera, el contrato de franquicia contiene condiciones generales a cuya aceptación se ven sometidos los franquiciados y cuyo contenido se encuentra coordinado por el franquiciador<sup>73</sup>, quedando comprendido dentro del ámbito de aplicación objetivo y subjetivo del LGCGC. Así, esta norma resulta de entera aplicación a los contratos de franquicia.

## 2.2 El Objeto del Contrato

El objeto del contrato de franquicia coincide con las prestaciones a que se comprometen recíprocamente las partes del mismo. Estas prestaciones a su vez serán las obligaciones que adquieren tanto franquiciador como franquiciado. Por parte del franquiciador, la prestación principal a la que se compromete es la de transmitir una fórmula empresarial, lo cual implica la existencia de unos bienes materiales e inmateriales, previamente organizados<sup>74</sup>. Para el franquiciado será el precio que debe pagar como compensación a las contraprestaciones recibidas.

## 2.3 La Causa del Contrato

El contrato de franquicia tiene como causa la reproducción del sistema de fabricación o venta acreditado por el franquiciador, de modo que, para su existencia, pre-

---

<sup>73</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *op. cit.*, p. 114.

<sup>74</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3229.

cisará de la concurrencia de los siguientes elementos esenciales: la utilización de marcas o signos distintivos comunes, la comunicación por parte del franquiciador de un *know-how* para operar el negocio y una asistencia permanente del franquiciador al franquiciado<sup>75</sup>.

## 2.4 Las Partes

Las partes del contrato de franquicia son el franquiciador y el franquiciado. Sin embargo, puede darse el caso (situación muy frecuente en las grandes cadenas de franquicia) de que exista una figura intermedia conocida como el *máster franquicia*.

### 2.4.1 El franquiciador

Para que nazca una franquicia es necesario que exista un empresario<sup>76</sup> que haya decidido utilizar esta forma de comerciar para el desarrollo de su negocio<sup>77</sup>. El franquiciador es ese empresario titular del modelo de empresa y que, por tanto, se encuentra facultado para conceder su derecho de explotación<sup>78</sup>.

El franquiciador se obliga a transmitir al franquiciado un conjunto patrimonial original y específico, creado y desarrollado por él, así como a proporcionar a éste la asistencia técnica y/o comercial, reservándose un im-

---

<sup>75</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.*, *op. cit.*, p. 70.

<sup>76</sup> Este concepto debe ser asimilado al de comerciante que contiene el artículo 1 del Código de Comercio de 1885, el cual dice: "Artículo 1: Son comerciantes para los efectos de este Código: 1. Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2. Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código."

<sup>77</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 34.

<sup>78</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *comp.*, *op. cit.*, p. 95.



portante poder de control para protegerse del aprovechamiento desleal de sus competidores y proteger el prestigio y la identidad de la red de distribución que funciona bajo su marca<sup>79</sup>.

#### *2.4.2 El máster franquicia*

En un contrato de franquicia, el franquiciador puede ser el titular originario del modelo de empresa o puede ser un titular derivativo, en cuyo caso nos estaríamos refiriendo al máster franquicia. El máster franquiciado adquiere el derecho a explotar la fórmula empresarial del franquiciador con la finalidad de celebrar contratos de franquicia con terceros (franquiciados). Podemos definir el contrato de máster franquicia como aquel mediante el cual, un franquiciador, le otorga a un máster franquiciado, a cambio de una contraprestación, el derecho a concluir acuerdos de franquicia con terceros, asumiendo el papel de franquiciador en un mercado determinado<sup>80</sup>.

#### *2.4.3 El franquiciado*

La calidad de franquiciado se adquiere una vez firmado el correspondiente contrato de franquicia, con el cual se obligará a desarrollar el negocio diseñado por el franquiciador en una zona determinada, utilizando su nombre, marca y técnicas comerciales asociadas a la fórmula empresarial<sup>81</sup>.

---

<sup>79</sup> BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p.3229.

<sup>80</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 95.

<sup>81</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A., *op. cit.*, p. 21.

Si el franquiciado es una persona jurídica, evidentemente su consideración de empresario habrá iniciado en el momento de la constitución de la sociedad mercantil. En el caso de que el franquiciado sea persona física y que ésta no sea empresario en el momento de la perfección del contrato, se convertirá en tal cuando inicie la ejecución de lo dispuesto en el negocio, es decir, cuando comience los actos preparatorios para poner en práctica el modelo de empresa cuyo uso le ha sido transmitido, y, en todo caso, cuando la empresa del franquiciado empiece a funcionar, permitiéndole relacionarse con el mercado<sup>82</sup>.

Es conveniente resaltar que el franquiciador y el franquiciado son personas jurídicas y económicamente independientes, por tanto, el franquiciado asume todos los riesgos inherentes al éxito o al fracaso del negocio. El franquiciado es un empresario, como ya ha quedado señalado, razón por la cual debe manejar el negocio que ha contratado como si fuera su propia empresa, ya que de hecho lo es, durante el tiempo de duración del contrato. En la práctica este tema tiene una gran importancia, ya que son muchos los empresarios que ven en la franquicia una forma segura de invertir su dinero, cuestión que debe ser analizada con mucho cuidado, ya que la franquicia no es ajena a los riesgos comunes de cualquier empresa que participa en el mercado<sup>83</sup>.

---

<sup>82</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 95.

<sup>83</sup> Puede decirse que existen dos grupos de franquicia: (i) el primero está compuesto por franquicias que gozan de prestigio y reputación en el mercado, que se encuentran consolidadas y cuentan con gran experiencia, y, en la gran mayoría de casos, también poseen una marca notoria. Este primer grupo no está integrado por un gran número de franquicias y son las que podría afirmarse que representan una seguridad en su fórmula empresarial; (ii) el segundo grupo se encuentra conformado por franquicias que no se encuentran consolidadas y cuentan con poca experiencia o que son poco conocidas. Este grupo es el más numeroso y pueden conllevar un riesgo igual o incluso mayor al del comercio independiente. DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 37.

## 2.5 Principales Prestaciones

Las obligaciones y derechos que puede contener un contrato de franquicia son de orden muy variado. Sin embargo, todo contrato de franquicia debe contener un mínimo esencial. Al respecto, se ha pronunciado al Audiencia Provincial de Barcelona señalando:

"En orden a su contenido (derechos y obligaciones de las partes), el mínimo esencial (SSTS. 8.11.1995, 27.9.1996, 4.3.1997, 30.4.1998,... entre otras y STJ de las CEE 166/85, de 28.1.1986, asunto Pronuptia) comprende los siguientes elementos: 1) La obligación de ceder los signos distintivos del franquiciador, transmitir el *know-how*, prestar asistencia técnica y comercial al franquiciado (por el franquiciador o un tercero designado por él, de manera continuada durante toda la vigencia del contrato (incluyendo cualquier ventaja, innovación o avance, técnico o comercial). 2) La obligación del franquiciado de pagar el canon, para acceder a la franquicia y el periódico (royalty)"<sup>84</sup>.

En este orden de ideas, nos detendremos a estudiar las principales prestaciones a cargo de las partes, sin las cuales no se configuraría el contrato de franquicia.

### *2.5.1 Los bienes inmateriales transmitidos por el franquiciador*

Para que el franquiciado pueda reproducir con exactitud la fórmula empresarial del franquiciador, es necesario que éste autorice el uso de sus signos distintivos y que

---

<sup>84</sup> SAP Barcelona No. 650/2007 de 13 de mayo de 2007 (Ley 75840/2008) FJ (3).

se produzca una absoluta uniformidad de imagen. Esto tiene una razón muy simple, si bien el objetivo de una red de franquicia es expandir el canal de distribución de un producto o servicio, es necesario que en el mercado todos los consumidores sean capaces de identificar y diferenciar a la empresa franquiciada y a sus productos<sup>85</sup> como uno solo. De hecho, la franquicia se caracteriza frente a otros contratos de distribución por el uso de los signos del franquiciador como identificadores exclusivos del establecimiento del franquiciado y por la absoluta identificación del establecimiento del franquiciado con el franquiciador.

### *A. Los signos distintivos*

Los signos distintivos de una empresa son los instrumentos utilizados para la comercialización y diferenciación de los productos o servicios para el desarrollo y protección de su empresa y la conservación de la clientela. El franquiciador puede usarlos, autorizar su uso y oponerse a que sean usados sin su autorización por terceros<sup>86</sup>.

Para que la red de franquicia funcione y sea capaz de competir, es preciso que los locales, productos y servicios sean identificables por la clientela, tanto actual como potencial. Cada uno de esos elementos es susceptible de identificación mediante un signo peculiar. Se diferencian por ello tres clases de signos distintivos de

---

<sup>85</sup> El producto debe tener la capacidad de poder diferenciarse de sus equivalentes en el mercado. El consumidor debe ser capaz de reconocerlo e identificarlo, lo cual conlleva un desarrollo de cierto grado de originalidad. Además, el producto debe ser competitivo en la calidad, el precio o en la relación calidad-precio. Existen, además, otros bienes de gran importancia como lo son las mercancías, materias primas, mobiliario, locales y, en general, todos aquellos que resultan indispensables tanto para la explotación del negocio como para crear una uniformidad de imagen.

<sup>86</sup> DÍEZ DE CASTRO, E. y GALÁN GONZÁLEZ, J., *Práctica de la franquicia*. Madrid: Editorial McGraw Hill/Interamericana de España S.A., 1998, p. 31.

la empresa: la marca, el nombre comercial y el rótulo de establecimiento<sup>87</sup>. Adicionalmente se encuentran las denominaciones de origen y las indicaciones de procedencia, aunque éstas son poco habituales en el contrato de franquicia.

#### *a. La marca*

El artículo 4.1 de la Ley de Marcas<sup>88</sup>, en adelante LM, entiende por marca “todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras”. Este mismo artículo enuncia, además, dos elementos de la marca. El primero es de carácter formal y consiste en la exigencia de que la marca sea “susceptible de representación gráfica”, mientras que el segundo elemento es de índole subjetiva y consiste en que el signo ha de servir para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa<sup>89</sup>. Este último elemento sin lugar a dudas se refiere más bien a la función de la marca, la cual podría decirse que principalmente es la de servir como instrumento para diferenciar productos o servicios con un mismo origen empresarial.

La marca es un bien inmaterial que necesita plasmarse en un soporte físico (*corpus mechanichum*), que es, además, susceptible de ser reproducido ilimitadamente y de modo simultáneo en diversos lugares<sup>90</sup>.

---

<sup>87</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 22.

<sup>88</sup> Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas.

<sup>89</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 60.

<sup>90</sup> FERNÁNDEZ-NOVOA, C. *Fundamentos del Derecho de marcas*. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A., 1984, p. 21.

La importancia de la marca para la franquicia reside en que, gracias a ella, el consumidor es capaz de identificar el producto o servicio y distinguirlo de otros productos o servicios idénticos o similares. Así, tanto la función de indicación del origen empresarial como la función indicadora de la calidad asociada a una marca (lo cual a su vez afecta el prestigio de la red de franquicia) son determinantes en una red de franquicia.

Siendo la marca un elemento fundamental de la franquicia, cuyo uso es concedido a través de una licencia, el franquiciador deberá tener derecho de disposición sobre ella, así como también deberá encontrarse inscrita en el registro de marcas<sup>91</sup>. Aunque parece evidente, no falta el caso del franquiciador que ha registrado su marca únicamente en su país de origen o en parte del territorio abordado mediante la red de franquicia. De manera muchísimo más preocupante, también se presentan casos de franquiciadores que ni siquiera han iniciado el proceso de registro al momento de celebración de los contratos con sus franquiciados.

#### *b. La marca notoria y la marca renombrada*

La marca notoria es la conocida por el sector pertinente del público al que se destinan sus productos o servicios. Cuando la marca es conocida por el público en general, se considera que la misma es renombrada y el alcance de su protección se extiende a cualquier género de productos o servicios. La misma protección se otorga

---

<sup>91</sup> Es sin duda un requisito al tenor del artículo 2.1 de la Ley de Marcas, el cual dispone "El derecho de propiedad sobre la marca y el nombre comercial se adquiere por el registro válidamente efectuado de conformidad con las disposiciones de la presente Ley".

al nombre comercial notorio o renombrado registrado<sup>92</sup>. Así, el factor decisivo para determinar cuándo una marca es notoria y cuando es renombrada es exclusivamente el grado de difusión de su conocimiento en el público.

La marca notoria o renombrada registrada tiene una protección ampliada (en comparación con la que no lo está) a productos o servicios distintos de los utilizados por la marca notoria o renombrada, extendiéndose a los sectores que comprenda la notoriedad o a todos los sectores si la marca es renombrada<sup>93</sup>.

Teniendo claro que para el contrato de franquicia lo esencial es la existencia de una marca, el elemento adicional de notoriedad o renombre solo tendría una incidencia en el valor de la inversión requerida por el franquiciador. Esto sin perjuicio de que la notoriedad y el renombre, desde un punto de vista comercial sí tenga una gran importancia para el franquiciado, que deriva de mayores probabilidades de éxito, mayor demanda del producto, menores barreras para entrar en un mercado nuevo, entre otras<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> El artículo 8.2 LM la define en los siguientes términos: "A los efectos de esta Ley, se entenderá por marca o nombre comercial notorios los que, por su volumen de ventas, duración, intensidad o alcance geográfico de su uso, valoración o prestigio alcanzado en el mercado o por cualquier otra causa, sean generalmente conocidos por el sector pertinente del público al que se destinan los productos, servicios o actividades que distinguen dicha marca o nombre comercial. La protección otorgada en el apartado 1, cuando concurren los requisitos previstos en el mismo, alcanzará a productos, servicios o actividades de naturaleza tanto más diferente cuanto mayor sea el grado de conocimiento de la marca o nombre comercial notorios en el sector pertinente del público o en otros sectores relacionados".

<sup>93</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 562.

<sup>94</sup> No obstante, resulta conveniente resaltar que la protección jurídica ampliada de la marca renombrada tiene una importante relación con su valor económico. Esto se debe a que la función publicitaria de la marca renombrada se encuentra vinculada a la protección jurídica del *good will* que en ella se condensada en la marca. Así, la LM protege, de manera especial, el valor económico adquirido por una marca en razón de la difusión y promoción alcanzado por el signo más allá del riesgo de confusión, de forma que, como ha señalado la doctrina, el reconocimiento de la función publicitaria no es propio de todas las marcas, sino solo de las que gozan de renombre. Martín Aresti, P., "Consumidor, marcas y publicidad". En: MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., comp. *Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar*. Madrid: LA LEY, 2009, p. 167.

### *c. El nombre comercial*

El nombre comercial es el signo del empresario. El art. 87 LM, lo define como “todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares. En particular, podrán constituir nombres comerciales los nombres patronímicos, razones sociales, denominaciones de las personas jurídicas, denominaciones de fantasía, denominaciones alusivas al objeto de la actividad empresarial, anagramas y logotipos, imágenes, figuras y dibujos y cualquier combinación de los signos que, con carácter enunciativo, se mencionan en los apartados anteriores.”.

El nombre comercial debe estar referido a una empresa concreta dedicada a unas actividades determinadas en el tráfico mercantil y sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares. Así, el nombre comercial debe tener la capacidad de lograr que el consumidor logre identificar al empresario y diferenciarlo de otros cuyas actividades sean muy similares o incluso idénticas<sup>95</sup>.

El nombre comercial puede estar constituido tanto por los nombres patronímicos de las personas físicas y razones sociales o denominaciones de las personas jurídicas, como por denominaciones de fantasía o alusivas al objeto de la actividad empresarial, como por anagramas o logotipos, o por imágenes, figuras y dibujos.<sup>96</sup> Y es posible combinar varios signos de los mencionados para integrar el nombre comercial.<sup>97</sup>

<sup>95</sup> MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., comp., *op. cit.*, p. 925.

<sup>96</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 232.

<sup>97</sup> Artículo 87.2 literal f de la Ley de Marcas.



#### *d. El rótulo de establecimiento*

El rótulo de establecimiento sirve para distinguir e identificar los locales comerciales abiertos al público<sup>98</sup>. Dado que la LM de 2001 no define el rótulo de establecimiento, se han de aplicar los preceptos legales que sobre esta materia contenía la derogada Ley de Marcas de 1988<sup>99</sup>. El artículo 82.1 de esta Ley, definía el rótulo de establecimiento como “el signo o denominación que sirve para dar a conocer al público un establecimiento y para distinguirlo de otros destinados a actividades idénticas o similares”.

#### *e. La indicación geográfica de procedencia protegida y la denominación de origen protegida*

En el tráfico económico ocurre con frecuencia que determinadas denominaciones geográficas son conocidas entre el público por su vinculación a productos con determinadas características, como ocurre por ejemplo en el sector vinícola<sup>100</sup>. Encontramos de esta manera productos en el mercado que son ofrecidos como procedentes

<sup>98</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de Derecho mercantil*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2011, p. 576.

<sup>99</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico*. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002, p. 274.

<sup>100</sup> En efecto, el Reglamento (CE) No. 479/2008 del Consejo del 29 de abril de 2008, por el que se establece la organización común del mercado vinícola, define la indicación geográfica en su artículo 34.1.b) como una indicación que se refiere a una región, a un lugar determinado o, en casos excepcionales, a un país, que sirve para designar un producto referido en el artículo 33, apartado 1, de la misma norma, que cumple los requisitos siguientes: i) posee una calidad, una reputación u otras características específicas atribuibles a su origen geográfico, ii) al menos el 85 % de la uva utilizada en su elaboración procede exclusivamente de esa zona geográfica, iii) la elaboración tiene lugar en esa zona geográfica, iv) se obtiene de variedades de vid de la especie *Vitis vinifera* o de un cruce entre esta especie y otras especies del género *Vitis*. El mismo reglamento define en su artículo 34.1.a) a la denominación de origen como el nombre de una región, de un lugar determinado o, en casos excepcionales, de un país, que sirve para designar un producto referido en el artículo 33, apartado 1, que cumple los requisitos siguientes: i) su calidad y sus características se deben básica o exclusivamente a un entorno geográfico particular, con los factores naturales y humanos inherentes a él, ii) las uvas utilizadas en su elaboración proceden exclusivamente de esa zona geográfica, iii) la elaboración tiene lugar en esa zona geográfica, iv) se obtiene de variedades de vid de la especie *Vitis vinifera*.

de una zona geográfica determinada con el objeto de que estos productos sean asociados con las características típicas de la zona de procedencia.

Para que una denominación de origen o indicación geográfica sea protegida, es necesario que el producto pase por una serie de controles, lo cual implica que esta protección tenga que ser reconocida por las autoridades competentes<sup>101</sup>. Esta protección puede ser reconocida por las comunidades autónomas como a nivel nacional en España o puede optarse por una protección comunitaria a nivel de la Unión Europea.

## *B. Las patentes*

Una patente es un título que otorga la administración para conferir al inventor un derecho temporal de explotación exclusiva de su objeto dentro del país que se produjo la concesión y con la facultad de impedir esa explotación a quienes no estén autorizados por el titular de la patente concedida<sup>102</sup>. Este título otorga tanto el derecho como el deber de explotación a su titular. Ahora bien, respecto de lo que es susceptible de ser patentado, el artículo 4.1 de la Ley de Patentes<sup>103</sup> nos dice que son patentables las invenciones nuevas que impliquen actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial, aun cuando tengan por objeto un producto que esté compuesto o que contenga materia biológica, o un procedimiento mediante el cual se produzca, transforme o utilice materia biológica.

---

<sup>101</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 281.

<sup>102</sup> BAYLOS CORROZA, H. *Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal*. Tercera edición. Madrid: Editorial Civitas, 2009, p. 1119.

<sup>103</sup> BOE No. 73 de 26 marzo de 1986.

Los casos en los que se encuentra involucrada una patente en un contrato de franquicia son frecuentes en las franquicias industriales y escasas en las franquicias de distribución y de servicios. Para los casos en los que sea incluida una patente en un contrato de franquicia, consideramos necesario tener en cuenta su carácter temporal, razón por la cual, si la existencia de la patente es indispensable para la correcta explotación de la fórmula empresarial, las partes deberán tener en cuenta este plazo para efectos de duración del contrato.

### C. *El know how*

La transmisión del *know-how* del franquiciador al franquiciado es un requisito básico del contrato de franquicia. Según señala Gómez Segade, el *know-how* es un conocimiento de algo y constituye un bien intangible, sin importar que se encuentre incorporado en un elemento corporal. Su núcleo central y originario está constituido por reglas, procedimientos y prácticas que permiten la rápida y ventajosa explotación del modelo de negocio creado<sup>104</sup>.

El Tribunal Supremo lo ha definido como el “conocimiento o conjunto de conocimientos técnicos que no son de dominio público y que son necesarios para la fabricación o comercialización de un producto, para la prestación de un servicio o para la organización de una unidad o dependencia empresarial, por lo que procuran a quien los domina una ventaja sobre los competidores que se esfuerza en conservar evitando su divulgación”. Cabe indicar como notas caracterizadoras: el secreto, entendido como difícil accesibilidad (no es generalmente conocido o fácilmente accesible por lo que parte de su valor resi-

<sup>104</sup> GÓMEZ SEGADÉ, J. *El secreto industrial (know how), concepto y protección*. Madrid: Tecnos, 1974, p. 137.

de en la ventaja temporal que su comunicación confiere al franquiciado o licenciatario), y valoración de conjunto o global, es decir, no con relación a los elementos aislados, sino articulados; sustancialidad, entendida como utilidad (ventaja competitiva); identificación apropiada y valor patrimonial (aunque, en realidad, está ínsito en la utilidad)<sup>105</sup>.

Otra definición la encontramos en el artículo 1.g) del Reglamento 330/2010 de la Comisión Europea<sup>106</sup>, en el cual se explica que debe entenderse por conocimientos técnicos lo siguiente:

“conocimientos técnicos son un conjunto de información práctica no patentada derivada de la experiencia y los ensayos realizados por el proveedor y que es secreta, sustancial y determinada; «secreta» significa que los conocimientos técnicos no son de dominio público o fácilmente accesibles; «sustancial» significa que los conocimientos técnicos incluyen información que es indispensable al comprador para el uso, la venta o la reventa de los bienes o servicios contractuales; «determinada» significa que los conocimientos técnicos son descritos de manera suficientemente exhaustiva para permitir verificar si se ajustan a los criterios de secreto y sustancialidad”.

---

<sup>105</sup> STS No. 754/2005 de 21 de octubre de 2005 (LA LEY 14041/2005) FJ (2). En esta sentencia también señala que de acuerdo a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales, se suele concretar la caracterización del *know how* con referencias a «metodología de trabajo»; «técnicas operativas»; «técnicas comerciales ya experimentadas»; «conjunto de conocimientos técnicos o sistemas de comercialización propios de franquiciador, como rasgo que le diferencia de otras empresas que comercian en el mismo tráfico»; «conjunto de técnicas y métodos para la instalación, comercialización y explotación, identificándose en la presentación de los locales, servicios prestados, productos, política de publicidad...».

<sup>106</sup> Reglamento (UE) No. 330/2010 de la comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas.

En términos muy similares, el CDEF, en el numeral 3 de su cláusula 1, define el saber hacer como un conjunto de informaciones prácticas no patentadas, resultantes de la experiencia del franquiciador y probadas por él. Debe ser secreto, sustancial e identificado. A su vez, estas tres características son definidas en el CE-DEF de la siguiente manera:

- **Secreto:** se refiere a que en su conjunto, ese saber hacer no puede ser de conocimiento público ni tampoco de fácil acceso en el comercio. Esto no significa que alguno de sus componentes individualmente considerados pueda ser conocido públicamente o que sea imposible obtenerlo fuera de las relaciones con el franquiciador.
- **Sustancial:** esto implica que el saber hacer debe resultar **útil** para el franquiciado, de suerte que contenga información importante que le permita el buen manejo del negocio.
- **Identificado:** el saber hacer debe estar descrito lo suficientemente claro como para permitir la verificación de las dos primeras características.

Esta última característica que define el CDEF, en la cual se exige que el saber hacer sea expresado de forma clara, conlleva a considerar que el franquiciador no solo debe poseer un saber hacer sino que también estar en capacidad de “hacer saber”<sup>107</sup>, es decir, debe poder transmitir esos conocimientos de una manera teórica y sobre todo práctica. Para esto, el franquiciador debe preparar y diseñar la manera en que pueda hacer ese conocimiento transmisible, de una manera estándar, de forma que cualquier empresario pueda comprenderla.

---

<sup>107</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 88.

## 2.5.2 Los pagos a cargo del franquiciado

La principal obligación del franquiciado es la de pagar al franquiciador las diferentes cuotas que retribuyen las diferentes prestaciones que recibe. Normalmente, estas cuotas se estructuran en tres partidas diferentes: cuota de entrada, cuotas periódicas y otros pagos<sup>108</sup>.

- a. **Derecho o canon de entrada:** corresponde a la cantidad que el franquiciador le exige al franquiciado para entrar a formar parte de la cadena. Solo a través del pago de este canon, el franquiciado podrá comenzar a hacer parte de la cadena de franquicia<sup>109</sup>. Se considera que el canon de entrada corresponde a un pago que el franquiciado hace como retribución de aquellos derechos indispensables para poner en marcha el negocio, como los son la transmisión del saber hacer, todos aquellos servicios como selección del local, selección y preparación del personal y derechos de uso de la imagen empresarial<sup>110</sup>.
- b. **Canon periódico o de funcionamiento:** conocidos también como *royalties*, son obligaciones de pago que el franquiciado se compromete a satisfacer como contraprestación de la explotación del modelo de empresa durante la vigencia del contrato y de las obligaciones que asume el franquiciador, principalmente, la de formación y asistencia continua. Aunque pueden estar consignados en el contrato como cantidades fijas, suelen consistir en cánones periódicos a liquidar mensual o anualmente, generalmente, a través de un porcentaje sobre la cifra de negocios del franquiciado<sup>111</sup>.

<sup>108</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 140.

<sup>109</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 97.

<sup>110</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 142.

<sup>111</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *comp., op. cit.*, p. 114.

- c. **Otros pagos:** el franquiciador puede prestar múltiples servicios no incluidos ni dentro del canon de entrada ni en el canon periódico. Así, el franquiciado debe pagar también cualquier servicio solicitado por él para la resolución de problemas puntuales, como por ejemplo, asesorías para la creación o explotación de puntos de venta, así como las contribuciones por concepto de pólizas de seguro contratadas por el franquiciador, en las que el franquiciado figure como asegurado o beneficiario<sup>112</sup>.

---

<sup>112</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 52.

### Principales Cláusulas del Contrato de Franquicia

El contrato de franquicia es un contrato incompleto. En él, las partes pueden prever, en el momento de contratar, todas las eventuales vicisitudes por las que puedan pasar sus relaciones<sup>113</sup>. No obstante, es posible identificar un conjunto de cláusulas que son indispensables en todo contrato de franquicia, así como otras que comúnmente se encuentran presentes en la mayoría de contratos. A continuación nos referiremos a ellas.

#### **3.1 Cláusulas relativas al «*Know How*» transmitido por el Franquiciador al Franquiciado y de la asistencia prestada por aquél a éste**

##### *3.1.1 Cláusulas relativas a la transmisión del know how*

Encontraremos en el contrato de franquicia cláusulas que obligan al franquiciador a transmitir un *know how*, por un lado, y por otro, estarán las cláusulas que obligan al franquiciado a explotarlo de acuerdo con las indicaciones entregadas. La transmisión del *know how* a cargo

---

<sup>113</sup> MONTOYA MELGAR, A. *Enciclopedia jurídica básica*. Vol. II. Editorial Civitas, 1999, p. 3154.



del franquiciador se realiza mediante una licencia<sup>114</sup> y se ejecuta por medio de diversas prestaciones. Por un lado, involucra una obligación de dar, que se ejecuta mediante la entrega de los manuales operativos, que no son otra cosa que el soporte físico del *know how*; y por otro, se encuentra una obligación de hacer, que consiste en la prestación de una adecuada formación y asistencia.<sup>115</sup>

Sin embargo, el saber hacer no se considerará transmitido por una simple estipulación, sino que requerirá de una serie de manuales operativos, así como también de una formación adecuada en cuanto a su uso<sup>116</sup>. Resulta necesario, además de conceder el “saber hacer”, poner en marcha todos los mecanismos establecidos en el contrato de franquicia para que el negocio implementado por el franquiciado funcione, especialmente en lo relativo a fichas técnicas, platos preparados y buen suministro de material o productos por los proveedores, comportamientos que de ser omitidos por el franquiciador se considerarán un incumplimiento grave y esencial<sup>117</sup>.

### 3.1.2 Cláusulas relativas a la asistencia y formación

La asistencia técnica se presenta como una prolongación de la obligación del franquiciador de transmitir el

---

<sup>114</sup> La transmisión del saber hacer no se encuentra sometida a un régimen específico, algunos autores aplican analógicamente el régimen de las licencias de patentes a las licencias de *know how*. MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 123.

<sup>115</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 107.

<sup>116</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.* p. 88.

<sup>117</sup> SAP Madrid No. 274/2007 de 31 de mayo de 2007 (LA LEY 107208/2007) FJ (6).

saber hacer<sup>118</sup>. Así, mientras el contrato de franquicia se encuentre vigente, el franquiciador se encontrará obligado a prestarle al franquiciado toda la asistencia y formación que éste requiera y que sea necesaria para la correcta ejecución del contrato de franquicia<sup>119</sup>. El franquiciado debe recibir una formación, tanto teórica como práctica, en todas y cada una de las técnicas del negocio. La inclusión de esta cláusula se justifica a partir de la esencia misma de la franquicia, ya que la eficacia de la red depende de la escrupulosa ejecución de las instrucciones del franquiciador, entendiendo que cualquier desviación perjudica a cada uno de los miembros de la red de franquicia<sup>120</sup>.

La asistencia se manifiesta especialmente al inicio de la ejecución del contrato, cuando apenas se va entrar en el mercado, por lo que es necesario realizar estudios, seleccionar el local adecuado, contratar y preparar el personal, captar clientela, etc. Luego, durante la etapa de ejecución y normalización de la franquicia, el franquiciado va a recibir un seguimiento por parte del franquiciador en áreas tales como: técnicas de venta, gestión empresarial, suministro y aprovisionamiento, *merchandising*, recursos humanos, publicidad y promoción, entre muchas otras<sup>121</sup>.

---

<sup>118</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 124.

<sup>119</sup> También aparece expresamente señalado como una obligación en el artículo 10.1 PALDC, que dice: "El proveedor está obligado a suministrar al distribuidor la información comercial y técnica que sea precisa para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato. El distribuidor que pertenezca a una red de distribución integrada comunicará al proveedor las campañas, servicios promocionales y demás actos realizados para promover la mejor distribución de los bienes y servicios objeto del contrato".

<sup>120</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.* p. 50.

<sup>121</sup> MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A, *op. cit.*, p. 25.

La obligación a cargo del franquiciador, a menos que se pacte lo contrario, será de medio<sup>122</sup>. No obstante, según señala la Audiencia Provincial de Palencia, la prueba del incumplimiento de esta obligación corresponderá al franquiciado. Así lo señala:

“Durante la relación contractual, que duró más de tres años, no se ha observado, a la vista de las pruebas practicadas, que la franquiciada reclamase a la franquiciadora la prestación de tal asistencia. Ciertamente es que, a la vista igualmente de dichas pruebas, la franquiciadora sí cumplió en parte dicha obligación de asistencia por medio de las visitas periódicas de un decorador a fin de asesorar a la franquiciada. Por otra parte, las empleadas de esta última han declarado que en ningún momento asistieron a cursos o actividades de entrenamiento, de manera que la sentencia ahora recorrida acaba concluyendo que, incumbiéndole a la franquiciadora la prueba de haber realizado dicha actividad, el déficit probatorio debe perjudicarle, por lo que se entiende acreditado que no se ha cumplido dicha obligación de información, asesoramiento y asistencia. Sin embargo, tal conclusión le parece a esta Sala incorrecta y falta de fundamento, puesto que es decisivo el dato de que, en momento alguno, la franquiciada reclamó tal asistencia, de manera que se puede lógicamente suponer que, de haber existido tal incumplimiento, la franquiciada lo hubiese puesto en conocimiento de la franquiciadora, como hizo con otros aspectos del que luego examinaremos”<sup>123</sup>. (Subrayas por fuera del texto)

<sup>122</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 125.

<sup>123</sup> SAP Palencia No. 52/2003 de 28 de febrero de 2003 (LA LEY 42931/2003) FJ (2).

Así, en caso de incumplimiento de esta cláusula por parte del franquiciador, será necesario que el franquiciado reclame su correcta ejecución de acuerdo con lo pactado en el contrato. De no hacerlo se entenderá que la obligación fue satisfecha.

### **3.1.3 Pacto de no competencia**

A través de esta cláusula se impone al franquiciado la obligación de no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial igual o similar a aquella en la que se ejecuta el modelo de empresa, así como la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa<sup>124</sup>. El objetivo de esta cláusula es asegurar que el franquiciado no entre en competencia con alguno de los otros miembros de la red de franquiciados<sup>125</sup>.

La prohibición de competencia directa limita al franquiciado la posibilidad de involucrarse por cuenta propia en el ejercicio de un comercio idéntico o similar a aquel en el que se ejecuta el modelo de empresa, mientras que la prohibición de competencia indirecta restringe su capacidad de actuar en el mercado por medio de una persona interpuesta<sup>126</sup>. Esta cláusula persigue una finalidad muy importante dentro del contrato de franquicia, pues asegura al franquiciado que solo él distribuye el producto en la zona asignada, y garantiza al franquiciador que aquél dedicará todos sus esfuer-

---

<sup>124</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., comp. Op. Cit., p. 118.

<sup>125</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. Op. Cit., p. 57.

<sup>126</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., comp. Op. Cit., p. 118.

zos a la promoción de su producto, equilibrando así la posición de ambas partes y reforzando, también, la confidencialidad de la información y del «*know-how*» que se transmiten los contratantes<sup>127</sup>.

El pacto de no competencia puede extenderse hasta un periodo de tiempo de tiempo razonable luego de finalizado el contrato de franquicia, aunque habrá de tenerse en cuenta las consideraciones que expon-dremos en el siguiente capítulo cuando tratemos las normas del Derecho de la competencia.

La razón de incluir un pacto de no competencia post-contractual yace en que si una vez finiquitado el contrato, el franquiciado decide entrar en competencia con el franquiciador, puede existir el riesgo de que los terceros que anteriormente contrataban habitualmen-te con él sigan pensando que los bienes o servicios ofrecidos son del franquiciador<sup>128</sup>.

Al referirse al pacto de no competencia, la Audiencia Provincial de Barcelona en demanda formula-da por PANA-ROM S.L, en su calidad de franquiciador, contra TOTCAFE SCP y contra ICDR BARCELONA S.L, en calidad de franquiciados, manifestó lo siguiente:

---

<sup>127</sup> SAP Madrid No. 645/2003 de 14 de enero de 2005 (LA LEY 7681/2005) FJ (3).

<sup>128</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.* Op. Cit., p. 774.

“En el contexto del contrato de franquicia, es posible en efecto que el franquiciado se proponga entrar en competencia directa con el franquiciador, involucrándose en el ejercicio de un comercio similar a aquél que es objeto de la franquicia, o incluso de forma indirecta, realizando esa actividad por medio de alguna persona interpuesta, física o jurídica. Ante el evidente interés de la empresa franquiciadora en evitar que esto ocurra por el riesgo que, no sólo para ella, sino para la generalidad de la red, esto comporta, siquiera para el *know how*, se establecen igualmente pactos de no competencia, que pueden operar durante la subsistencia de la franquicia y también tras su extinción. Tanto el TJCE, en la conocida sentencia del caso PRONUPTIA [STJCE de 28 de enero de 1986..., como el posterior Reglamento CEE 4087/1988 de la Comisión, de 30 de noviembre de 1988..., consagraron entonces la licitud de estas cláusulas de no competencia... Reparemos, no obstante, en que las prohibiciones, como ocurría con el contrato de agencia, no son absolutas, pues las cláusulas de no competencia tienen un límite temporal, que se fija en su razonabilidad, aunque no superior al año, que el pacto más generalizado, y espacial, pues se ciñe a la zona donde explotó la franquicia.

La posibilidad de extender estas cláusulas más allá de la duración del contrato fue mucho más discutida pero lo cierto es que el Reglamento, como antes el TJCE, lo admitieron, justificándolo en la necesidad de impedir que los competidores se beneficien del *know how* del franquiciador y de la clientela adquirida como resultado de éste, de sus signos distintivos y de sus probados métodos comerciales: bastaría con que el exfranquiciado retirara el rótulo del establecimiento y modificara su apa-

riencia para que conservara gran parte de la clientela, impidiendo al franquiciador nombrar con éxito un nuevo franquiciado en la zona. El cese de la franquicia supone *per se* y sin necesidad de más convenio la imposibilidad de que el franquiciado siga empleando todo signo identificativo del modo de operar de la franquiciadora, además de, como vimos, emplear el *know how* comunicado”<sup>129</sup>.

En esta sentencia, también se declaró culpable al franquiciado de haber incurrido en actos de competencia desleal a la luz del art. 6 de la Ley de Competencia Desleal, precisamente por haberse aprovechado de la reputación del franquiciador al haber establecido una competencia directa en el local comercial en el que se hacía la actividad franquiciada y antes de vencer el tiempo del pacto de no competencia pactado en el contrato de franquicia. Ésta, sin duda, no deja de ser otra vía de defensa para el franquiciador que ha visto incumplido el pacto de no competencia post-contractual.

### 3.1.4 Pacto de confidencialidad

El secreto del *know how* se salvaguarda incluyendo en el contrato una cláusula de confidencialidad en la que se recoge el compromiso del franquiciado a no divulgar los conocimientos adquiridos durante el tiempo de duración del contrato y un plazo determinado al terminar este<sup>130</sup>, en tanto dichos conocimientos sigan manteniendo su condición de secretos<sup>131</sup>. Esta cláusula también ampara otra información que tenga el carácter de secreta, como lo pueden ser datos financieros y societarios. En general,

---

<sup>129</sup> SAP Barcelona No. 299/2006 de 20 junio de 2006 (LA LEY 288132/2006) FJ (4).

<sup>130</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 90.

<sup>131</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *comp.*, *op. cit.*, p. 121.

esta cláusula ampara información que no se encuentra en el mercado y a la que el franquiciado no hubiera tenido acceso sino se hubiera celebrado el contrato de franquicia.

El artículo 4 del Real Decreto 201/2010 contempla de manera especial este deber: “el franquiciador podrá exigir al potencial franquiciado un deber de confidencialidad de toda la información precontractual que reciba o vaya a recibir del franquiciador”. Al contemplarse como una mera posibilidad más que como un deber implícito en el contrato de franquicia<sup>132</sup>, podemos entender que el legislador se refiere a la posibilidad que tienen las partes de celebrar un pacto de reserva, cuestión que sin necesidad de realizar una mención expresa, ya se deduce lícita a la luz del artículo 1255 del Código Civil. Además, si lo comunicado es “secreto empresarial” y se produce la divulgación o aprovechamiento por el franquiciado con ánimo de obtener un provecho propio o de un tercero, o de perjudicar al titular del secreto, se produce un acto de competencia desleal<sup>133</sup> y el franquiciador podrá ejercitar las acciones previstas en el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal<sup>134</sup>.

---

<sup>132</sup> Cuestión que sí se plantea en el PALCD, tal como lo estipula su artículo 7: “Confidencialidad. 1. Las partes no podrán comunicar a terceros ni utilizar para otros fines distintos de la conclusión del contrato negociación del contrato que sea susceptible de lesionar a la otra parte, a excepción de las comunicaciones que realicen con cualquier profesional que les preste asesoramiento jurídico o económico. En este caso las partes adoptarán las medidas que sean razonables para garantizar el cumplimiento de este deber de confidencialidad respecto de aquellos asesores que no estén sometidos por su estatuto profesional a una obligación de idéntica naturaleza. La obligación de confidencialidad se entiende sin perjuicio de los deberes legales de información a los que pueda quedar sometida alguna de las partes. 2. La exigencia de este deber es independiente de que finalmente se celebre el contrato. Una vez se haya formalizado el contrato, se extenderá durante todo el tiempo de vigencia del mismo. 3. La parte que infrinja este deber estará obligada a resarcir a la otra los daños y perjuicios que se deriven de su incumplimiento, sin perjuicio de otras acciones legales que pudieran ejercerse.”

<sup>133</sup> Previsto en el artículo 13 de la Ley de Competencia Desleal.

<sup>134</sup> VAQUERO PINTO, María, *op. cit.*, p. 3222.



El pacto de confidencialidad no solo exige al franquiciado que no revele la información secreta sino que también exige un comportamiento activo de su parte, en tanto que debe adoptar todas las medidas necesarias para evitar que terceros puedan apropiarse de estas informaciones. Estas medidas toman una especial relevancia cuando se trata del personal contratado por el franquiciado, los cuales muy seguramente también deberán firmar cláusulas de confidencialidad al entrar en contacto con el *know how* del franquiciador, por razón de sus funciones<sup>135</sup>.

Como señala Martí Miravalls, "la importancia de esta cláusula en el ámbito de la franquicia es tal que parece razonable concluir que, dado el carácter reservado del *know how*, el cual es esencial por naturaleza en el mismo, esta obligación sería exigible fuera del ámbito concurrencial, incluso en el supuesto de que no se hubiera recogido expresamente la cláusula en el contrato en virtud de la obligación general de buena fe"<sup>136</sup>.

### 3.1.5 Cláusula de retorno

Esta cláusula obliga al franquiciado y a todos los miembros de la red de franquicia en general, a transmitir al franquiciador todas las mejoras o perfeccionamientos técnicos que alguno de ellos haya podido obtener durante la explotación del modelo de empresa<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 122.

<sup>136</sup> MARTÍ VIRAVALLS, J. *Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia*. Proyecto de investigación de SEJ-2006-14815 del Ministerio de Educación y Ciencia, p. 15. Disponible en: [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2\\_SEGUNDO%20PREMIO.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2_SEGUNDO%20PREMIO.PDF)

<sup>137</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 122.

## 3.2 Cláusulas que tienen por finalidad la protección de los signos distintivos y el *Good Will* del franquiciador

Conforman un conjunto de cláusulas que obligan al franquiciado a utilizar, en los límites de la licencia y respetando su titularidad, las patentes, marcas y demás signos distintivos del franquiciador, así como el saber hacer, haciendo un uso confidencial y reservado<sup>138</sup>. Estas cláusulas son esenciales en el contrato de franquicia ya que sin ellas no sería posible asegurar la identidad de imagen homogénea necesaria en toda red de franquicia y tienen como objetivo la protección de los signos distintivos y el *good will*<sup>139</sup> del franquiciador.

### 3.2.1 Cláusulas relativas a la marca

Estas cláusulas tienen como finalidad, por un lado hacer constar la titularidad registral (o en su caso licencia) que ostenta el franquiciador sobre la marca válidamente registrada y, por otro, otorgar licencia al franquiciado sobre ésta, limitada a la explotación del negocio franquiciado<sup>140</sup>. Estas cláusulas obligan al franquiciador a diseñar una política de imagen que dote la licencia de uso de un contenido<sup>141</sup>.

---

<sup>138</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 44.

<sup>139</sup> El *good will* es la reputación favorable y clientela adquirida por un negocio bien establecido en el mercado y correctamente dirigido. Concepto tomado de West's Encyclopedia of American Law, 2005, consultado en <http://www.encyclopedia.com>

<sup>140</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3232.

<sup>141</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *op. cit.* p. 306.

La licencia de uso de la marca otorgará al franquiciado el derecho a utilizar la marca a cambio de una regalía, para productos determinados y dentro de un ámbito geográfico concreto<sup>142</sup>. En el contrato de franquicia, salvo pacto en contrario, la licencia otorgada no tiene carácter exclusivo y, por tanto, el franquiciador podrá otorgar otras licencias y utilizar por sí mismo la marca (art. 48.5)<sup>143</sup>, condición necesaria para el crecimiento de la red de franquicia.

En principio, y salvo que en el contrato se contenga una delimitación del derecho de uso del franquiciado, la licencia otorgada tendrá la misma extensión que el derecho de uso del franquiciador (así se expresa el art. 48.4 LM en relación con la licencia de marca al determinar que, salvo pacto, «el titular de una licencia tendrá derecho a utilizar la marca durante toda la duración del registro, incluidas las renovaciones, en todo el territorio nacional y en relación con todos los productos o servicios para los cuales la marca esté registrada»). No obstante, no tiene el mismo carácter y, por ello, en defecto de pacto expreso o implícito, el franquiciado no podrá ceder la autorización a terceros ni conceder sub-licencias (art. 48.3 LM y STS de 24 de abril de 2000).

Adicionalmente, los compromisos surgidos de estas cláusulas implican para el franquiciador la obligación de mantener el disfrute pacífico del franquiciado de todos los bienes inmateriales licenciados durante toda la vigencia del contrato, y, por tanto, a mantener su vigencia y entablar las correspondientes acciones contra

---

<sup>142</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. *Apuntes de derecho mercantil*, op. cit., p. 567-568.

<sup>143</sup> ALONSO UREBA, Alberto, *et al.*, op. cit., p. 521.

terceros, garantizando, además, la aptitud global del signo licenciado para el desarrollo de la actividad de franquicia<sup>144</sup>. La perturbación por terceros de los signos distintivos de la red deberá tener como consecuencia la nulidad del contrato de franquicia por falta de objeto, puesto que no se trata de un supuesto de incumplimiento contractual<sup>145</sup>.

Por último, la licencia de marca también involucra para el franquiciador la obligación de entablar acciones legales contra los terceros que violen el derecho de la marca transmitida, así como la obligación al franquiciado de poner en conocimiento del franquiciador, cualquier infracción a la marca en cuestión de la que tenga conocimiento<sup>146</sup>.

### *3.2.2 Cláusulas relativas a otros signos distintivos distintos de la marca*

Nos referimos a la cláusula por medio de la cual el franquiciador autoriza al franquiciado al uso de signos distintivos como el nombre comercial y todos aquellos que sean necesarios para cada negocio en concreto. La licencia de uso del nombre comercial es esencial para la franquicia ya que de ella depende la identidad de toda la red pues todos los franquiciados deben ser asociados al mismo origen empresarial. A la licencia de uso del nombre comercial se le aplicarán todas las normas referentes a la licencia de uso de marca (art. 87. 3 LM).

---

<sup>144</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3233.

<sup>145</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 104.

<sup>146</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 148.

### *3.2.3 Cláusulas que prohíben al franquiciado abastecerse de proveedores distintos del franquiciador o de quien éste haya designado*

El contenido de esta cláusula, por un lado, obliga al franquiciador a suministrar al franquiciado los productos definidos en el contrato (mercaderías) en la franquicia de distribución, y eventualmente, de ciertos productos necesarios para la prestación del servicio en la franquicia de servicios o de materias primas en la franquicia industrial, constituyéndose una relación de suministro a la que le será aplicable lo pactado por las partes y, en su defecto, los preceptos de la compraventa mercantil<sup>147</sup>; y por el otro, obliga al franquiciado a abastecerse únicamente de los productos del franquiciador o de quien éste autorice para ello<sup>148</sup>, así como de otros miembros de la red. Su finalidad es la de proteger el prestigio asociado a los productos de la franquicia.

Este tipo de cláusula presenta algunas ventajas para ambas partes. Por un lado, el franquiciado puede contar con la certeza de que será aprovisionado de forma regular y con una calidad continúa, mientras que el franquiciador puede contar con la certeza de un stock mínimo que será vendido, pudiendo así maximizar sus recursos de producción. Sin embargo, en otras ocasiones sirve como medio para ejercer abusos por parte del franquiciador, quién puede establecer un precio más alto de los productos en comparación con productos equivalentes que se encuentren en el mercado.

---

<sup>147</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3237.

<sup>148</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 46.

Al declarar el incumplimiento por parte del franquiciado de una cláusula de aprovisionamiento exclusivo, la Audiencia Provincial de Valencia resalta como primera medida el contenido de dicha cláusula, la cual decía:

“El franquiciado utilizará en la explotación del establecimiento franquiciado únicamente los productos suministrados por el franquiciador o por los proveedores referenciados para el conjunto de la red de franquicias TERRA VERDA. El franquiciador pondrá a disposición del franquiciado su Central de Compras y Negociación. El franquiciado realizará los pedidos de producto directamente a la Central o a los proveedores referenciados por el franquiciador, quienes facturarán y enviarán los aprovisionamientos al franquiciador. (...) En ningún caso, el franquiciado podrá abastecerse de otros proveedores que no hayan sido previamente autorizados por escrito por el franquiciador”.

El segundo paso de la Audiencia fue verificar el cumplimiento del franquiciador y el incumplimiento del franquiciado, respectivamente:

“A los efectos de tal cláusula contractual se integraba como parte del contrato (cláusula 11ª), entre otros manuales operativos que se entregaron en el acto de la firma al franquiciado según resulta del propio tenor de dicho documento, el “Manual de Compras” (f.347 y ss) en el que se incluía el listado de proveedores (f. 361 y siguientes de autos).

Del tenor literal del citado contrato resulta incontestable, por tanto, que el franquiciado estaba obligado a vender única y exclusivamente los productos suministrados o por el franquiciador o por los proveedores referenciados en el Manual de Compras, pese a lo cual BIOTEC procedió a la venta de productos suministrados por proveedores no autorizados por la franquiciadora<sup>149</sup>.

### *3.2.4 Cláusulas relativas al local comercial*

La selección del local comercial suele ser una tarea laboriosa para el franquiciador. Para ello, requiere la realización de estudios en los que se tiene en cuenta la población, el número potencial de clientes, su nivel de ingresos y otros datos relevantes, todo con un único objetivo: la disminución del riesgo que entraña la apertura de cualquier nuevo establecimiento. Una vez finalizados los estudios, el franquiciador se encarga de proponer al franquiciado la ubicación más prometedora, dentro de la cual éste deberá encargarse de escoger la ubicación exacta del local<sup>150</sup>.

Las cláusulas de local tienen como finalidad la de evitar que el franquiciado cuente con libertad de realizar cambios que puedan potencialmente afectar el prestigio asociado a la franquicia o afectar su clientela. En general, son consideradas como cláusulas de local, aquellas que obligan al franquiciado a vender los productos o distribuir los servicios en el local escogido

---

<sup>149</sup> SAP Valencia No. 287/2008 de 13 de octubre de 2008 (LA LEY 215360/2008) FJ (3).

<sup>150</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 112.

por el franquiciador, no cambiar la ubicación del local sin el previo consentimiento del franquiciador, mantener el mismo título jurídico sobre el bien inmueble que hubiera sido contemplado en el contrato (por ejemplo arrendamiento), así como la obligación de decorarlo (y no alterar esta decoración sin previo consentimiento) de acuerdo con las indicaciones y directrices del franquiciador<sup>151</sup>.

### *3.2.5 Cláusulas que prohíben al franquiciado realizar publicidad que no se encuentre previamente aprobada por el franquiciador*

Son una manifestación de la facultad de control del franquiciador al franquiciado. Teniendo en cuenta que el franquiciador es el encargado de dirigir y coordinar la imagen de toda la red de franquicia, es obligatorio para el franquiciado respetar esa facultad, absteniéndose de realizar anuncios al público mediante campañas publicitarias o cualquier otro tipo de comunicación. Teniendo en cuenta que la publicidad genérica (a nivel nacional) generalmente es preparada por el propio franquiciador, entendemos que esta cláusula busca especialmente que, a nivel local, los franquiciados no realicen publicidad independiente, pudiendo afectar el prestigio de la red de franquicia o afectar a los demás miembros de la red<sup>152</sup>.

---

<sup>151</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 45.

<sup>152</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 116.



## 3.3 Cláusulas relativas a la Explotación del Negocio

### 3.3.1 Cláusula de explotación del modelo de empresa

Esta cláusula persigue varias finalidades: (i) a través de la explotación del modelo de empresa, el franquiciador satisface su interés económico (a través de los pagos que realizan los franquiciados) al ser explotado el modelo de empresa por parte del franquiciado; (ii) la explotación diligente del modelo de empresa por parte del franquiciado aumenta y consolida el *good will* de la red<sup>153</sup>; y (iii) obliga al franquiciado a explotar el modelo de negocio con la diligencia de un ordenado comerciante, de acuerdo con la lealtad y buena fe exigibles, para lograr la más amplia difusión en el mercado de los bienes o servicios, utilizando exclusivamente los signos licenciados<sup>154</sup>.

La explotación debe hacerse de acuerdo con las directrices impartidas por el franquiciador, las cuales suelen entregarse en su mayoría en los manuales operativos<sup>155</sup> sin perjuicio de que puedan impartirse instrucciones de forma verbal y/o escrita durante la ejecución del contrato.

### 3.3.2 Cláusula de exclusiva territorial

Como su nombre lo indica, la exclusiva territorial corresponde a un pacto por medio del cual, por una parte, el franquiciador concede un territorio definido en el que el franquiciado podrá explotar su negocio de franquicia sin tener que competir con otros franquiciados, y por la otra, el franquiciado se obliga a no buscar activamente clientes por fuera de esta zona territorial<sup>156</sup>.

<sup>153</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 116.

<sup>154</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3234.

<sup>155</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 147.

<sup>156</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 108-110.

Para efectos de esta cláusula, debemos entender que estas delimitaciones territoriales funcionan de una manera similar a las estatales, es decir, mientras que una frontera delimita de manera exacta el territorio de un Estado y/o traza una franja entre dos países<sup>157</sup>, las limitaciones territoriales delimitarán de manera exacta la porción de espacio que le corresponde a cada miembro de la red de distribución.

A diferencia del pacto de no competencia, el objetivo de la cláusula de exclusiva territorial es evitar la competencia directa entre franquiciados en una misma zona territorial. Esto se logra a través del compromiso del franquiciador de no instalar otros establecimientos en el territorio designado y de la obligación del franquiciado de no vender los productos más que en el establecimiento designado para ello<sup>158</sup>.

La exclusiva puede ser de dos tipos. La primera de ellas es la exclusiva simple, en la cual el franquiciador otorga una zona exclusiva y se compromete a no abrir más locales en la misma, pero no asegura la injerencia de los demás franquiciados del área. En la exclusiva reforzada, existe una compartimentación absoluta de los territorios de cada franquiciado, ya que todos tienen prohibidas las ventas activas fuera de su territorio<sup>159</sup>.

### *3.3.3 Cláusulas relativas al precio de venta y reventa*

Atribuyen al franquiciador la facultad de determinar el precio de reventa de los productos o servicios objeto del

---

<sup>157</sup> SORACÁ, S. P. (2013). Zonas fronterizas como entes dinámicos y las políticas de Colombia en pro de su desarrollo. JURÍDICAS CUC, 9(1), p. 104.

<sup>158</sup> RUIZ PERIS, Juan, *op. cit.*, p. 75.

<sup>159</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 132.

contrato, así como la prohibición al franquiciado de venderlos a un precio diferente. Esta facultad puede concretarse de diversas maneras, ya sea a través de un precio sugerido o de un rango de precios mínimo y máximo. Básicamente, el objetivo de establecer un precio mínimo es el evitar el deterioro de la imagen del producto, especialmente en productos de tecnología y de lujo, los cuales llevan asociada una imagen de alta calidad. En contraposición, un precio máximo intenta evitar que ocurra un deterioro en la imagen del producto o un menoscabo en su competitividad causado por un precio excesivo de venta<sup>160</sup>.

La existencia de un precio uniforme puede llegar a eliminar la competencia intramarca<sup>161</sup>. No obstante, puede llegar a fortalecer la cadena de franquicia frente a su competencia extramarca, siempre que el consumidor logre asociar una adecuada relación calidad/precio en todos los puntos de venta de la red. Tomamos como ejemplo el de la cadena de comidas McDonald's en donde el consumidor tiene una idea clara del tipo de producto que va a consumir y de la gama de precios que podrá encontrar en cualquier local del mundo de la cadena. En todo caso, estas cláusulas se someterán a los límites del Derecho de la competencia<sup>162</sup>.

---

<sup>160</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 47.

<sup>161</sup> En el análisis de las restricciones verticales es frecuente distinguir entre dos niveles de competencia: la competencia intramarca o *intrabrand*, «que se produce dentro de una marca en los diferentes escalones del proceso de comercialización de la misma», y la competencia intermarca o *interbrand*, que es «aquella que en calidades o precios tiene lugar entre dos o más marcas de un mismo tipo de producto». La fijación de los precios de reventa tiene una incidencia directa en la competencia intramarca, en cuanto uniforma el precio que ha de ser aplicado por todos los distribuidores a un mismo producto, impidiendo la realización de políticas de descuentos. HERRERO SUÁREZ, C. "La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?". En: Revista de Derecho de la Competencia y la distribución No. 4, LA LEY, 2009, p. 67.

<sup>162</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *op. cit.*, p. 3241.

### 3.3.4 Cláusula de stock mínimo obligatorio

Junto con la obligación de aprovisionamiento exclusivo suele acompañarse la cláusula de stock mínimo obligatorio, en virtud de la cual, el franquiciado se obliga a adquirir y mantener una cantidad mínima de productos objeto del contrato. Los objetivos de esta cláusula son diversos, por ejemplo, el franquiciador puede pretender asegurar que los potenciales compradores siempre puedan contar con el producto disponible (un cliente insatisfecho posiblemente acudirá a la competencia) como puede también pretender asegurar una rotación permanente de los productos que el mismo guarda en bodega, aunque también representa una gran ventaja al franquiciador en tanto que se libera de cargas resultantes de un almacenamiento de mercancías<sup>163</sup>.

## 3.4 Cláusulas relativas a la duración y terminación del Contrato

Somos conscientes que en el contrato de franquicia no necesariamente las partes tienen que pactar cláusulas especiales respecto de la duración y terminación del contrato. No obstante, entendemos que debido a la naturaleza de las obligaciones adquiridas mediante este contrato, las cuales son de larga duración, de no pactarse nada, el contrato debe entenderse como de duración indefinida, por lo que en este caso aplicaría el desistimiento unilateral de cualquiera de las partes al que nos referiremos en el apartado respectivo<sup>164</sup>.

<sup>163</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 46.

<sup>164</sup> Tampoco nos referiremos a las consecuencias de la terminación del contrato de franquicia, ya que se excedería el objeto de estudio del presente trabajo. Sin embargo, entendemos que éstas representan problemas importantes, entre los cuales se encuentran la compensación por inversiones o gastos de confianza, la compensación del stock sobrante, la compensación por clientela y la indemnización por daños y perjuicios.

Cuando haya pacto respecto de la duración, la franquicia podrá ser de duración determinada o de término indefinido.

### *3.4.1 Franquicia de duración determinada*

El contrato de franquicia convenido por un tiempo determinado se extinguirá por el cumplimiento del tiempo pactado. Cuando la franquicia es de duración determinada nos encontraremos fundamentalmente con dos tipos de problemas: los que ocasionan la llegada del tiempo y los que surgen a partir de la posibilidad de resolver el contrato antes de tiempo<sup>165</sup>. La terminación por causas justificadas, por ser común en ambos tipos de contrato, será tratada en el apartado siguiente.

La llegada del término puede plantear algunos conflictos. El primer problema que se puede presentar sucede cuando las partes continúan ejecutando el contrato luego de vencido el término pactado y sin haber previsto una cláusula de renovación o prórroga. En este caso, atendiendo a la vocación de duración de las relaciones que nacen con la franquicia, lo más apropiado es considerar que esta ejecución continuada es una manifestación de la voluntad de las partes de convertir el contrato en indefinido. El segundo problema sucede cuando, habiendo pactado una cláusula de renovación, una de las partes, generalmente el franquiciador, se niega a renovar el contrato. En este punto, se ha considerado que siempre que esta decisión sea comunicada con suficiente antelación y que no tenga carácter abusivo, debe considerarse como válida, puesto que en sí misma esta decisión es una facultad contractual<sup>166</sup>.

---

<sup>165</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 100.

<sup>166</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.*, p. 193.

Respecto de lo que debe considerarse como suficiente antelación, nos referimos a la procedencia de un preaviso, aun cuando éste no se hubiera pactado como parte de las obligaciones de la parte contratante que no desee prorrogar el contrato. Se ha considerado que en atención a las inversiones efectuadas por el franquiciado, a la clientela eventualmente adquirida y las legítimas expectativas de continuación de la relación contractual, la no renovación del contrato sin un motivo valido podría ser considerada como violatoria de la buena fe contractual<sup>167</sup>. La existencia de un preaviso, cuya antelación variará de acuerdo con la duración que haya tenido el contrato, aunado al carácter no abusivo de esa decisión, da cumplimiento al mandato de buena fe en la ejecución del contrato y justifican su uso, aunque no se encuentre pactado<sup>168</sup>.

### *3.4.2 Franquicia de duración indeterminada*

#### *a) Terminación sin justa causa: el desistimiento*

El régimen de denuncia o revocabilidad en los contratos de duración indefinida, constituye la facultad que le corresponde a cualquiera de las partes para renunciar libremente a la vinculación del contrato, sin necesidad de que exista una causa justificada ni una aceptación. Su fundamento se deriva de la prohibición de obligaciones perpetuas<sup>169</sup>. Ahora bien, el derecho a desistir no es absoluto estando limitado por la buena fe.

---

<sup>167</sup> Para el contrato de franquicia, la buena fe se concreta como una prohibición de conductas de oportunidad.

<sup>168</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, *op. cit.*, p. 104.

<sup>169</sup> ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba, *op. cit.*, p. 452.

Esto conlleva la exclusión de su ejercicio extemporáneo y/o de mala fe, así como la observancia de un previo aviso, el cual tiene por objetivo mitigar en lo posible las consecuencias lesivas de la extinción<sup>170</sup>.

### *b) Terminación anticipada por causas legítimas*

El incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de cualquiera de las partes puede producir un efecto extintivo. El art. 1124 del Código Civil establece que se puede instar la resolución de una relación recíproca por parte del contratante perjudicado por el incumplimiento<sup>171</sup>. No cualquier incumplimiento da lugar a la resolución del contrato. El incumplimiento debe tener la gravedad suficiente para dar lugar a tan importante sanción, de manera que el contrato solo se resolverá cuando el incumplimiento ha tenido consecuencias económicas importantes para alguna de las partes o se trate de una obligación que ya no es posible ejecutar o ya no satisface el interés del acreedor. Así, no se presentan problemas para determinar la gravedad de un incumplimiento total y definitivo mientras que los cumplimientos parciales o defectuosos deben ser valorados a la luz de su incidencia en la economía del contrato<sup>172</sup>.

---

<sup>170</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 127.

<sup>171</sup> El art. 1124 del Código Civil dice: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria".

<sup>172</sup> MAYORGA TOLEDANO, M., *op. cit.* p. 188.

### **El Contrato de Franquicia y el Derecho de la Competencia**

Hasta ahora hemos realizado un estudio de la franquicia como una categoría contractual. En este apartado final, nos dedicaremos al análisis de un aspecto especialmente relevante para una categoría específica del contrato de franquicia, esto es, la franquicia de distribución<sup>173</sup>. Este tipo de franquicia, como hemos visto antes, tiene carácter vertical, encontrándose las partes contratantes en diferentes puntos de la cadena de distribución, es por ello que solo a este tipo de franquicia le es aplicable la normativa de la competencia que regula los acuerdos verticales<sup>174</sup>. El desconocimiento de la normas de la competencia puede llegar a tener consecuencias tan radicales para el contrato de franquicia de distribución, como lo es su declaratoria de nulidad. Está por demás justificado realizar una mención especial a los aspectos más relevantes del Derecho de la competencia, que a la luz de la normativa vigente, influyen en el contenido del contrato de franquicia de distribución.

---

<sup>173</sup> Las disposiciones que estudiaremos también pueden ser aplicables a las franquicias de servicios y de producción en la medida en que también se haya pactado por las partes una distribución.

<sup>174</sup> La franquicia industrial, en tanto se trata de un acuerdo entre competidores, que se trata de un acuerdo horizontal al que se le aplicarán las normas pertinentes sobre el tema. En todo caso, se encuentra excluido de la aplicación del Reglamento 330/10.



## 4.1 Antecedentes

Uno de los principales logros alcanzados con la Revolución Francesa tras la implantación del liberalismo, al menos desde el punto de vista económico, fue la idea de que cualquiera puede operar en el mercado, ya sea como industrial o como comerciante. Así, nació el derecho a competir libremente en el mercado. Sin embargo, muy pronto este derecho, en principio absoluto, comenzó a chocar con una serie de inconvenientes.

En efecto, un sistema de mercado basado en una libre competencia de todos sus agentes, requiere que estos se sujeten a las mismas reglas, actúen independientemente entre sí y utilicen sus propios esfuerzos para captar clientela. Solo los competidores que logren una mayor eficiencia, serán aquellos que podrán seguir compitiendo en el mercado. De esta manera, los participantes del mercado se percataron que un sistema de libre competencia involucra que, del mismo modo en que nacen nuevos competidores (y se fortalecen aquellos que logran mantenerse en el mercado), los demás que no logran ser lo suficientemente eficientes eventualmente *desaparecen*. De hecho, la desaparición de algunos competidores es un elemento fundamental del sistema competitivo<sup>175</sup>.

El carácter absoluto del derecho a competir tuvo que ser cuestionado a raíz de la aparición de acuerdos celebrados entre empresarios cuyo objeto y/o efecto no era otro que el de restringir la competencia. A la vista del gran peligro que representan estas prácticas para el mercado, fue necesario consagrar la libre competen-

---

<sup>175</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 296.

cia como un derecho y pasar a considerarla como una *obligación*. Esta es la piedra angular de la legislación protectora de la libre competencia, frecuentemente denominada por su origen americano como legislación «*antitrust*», la cual busca prevenir y sancionar todas aquellas conductas que tengan por objeto o como efecto la alteración del buen funcionamiento del mercado.

El cambio hacia una normativa orientada a la protección de la competencia se inició en los Estados Unidos con la Ley Sherman de 1891, pero no se implantó en Europa hasta después de la Segunda Guerra Mundial. Es en la República Federal Alemana donde se promulga, en el año 1957, la Ley contra las restricciones de la competencia, la cual luego influiría en los artículos 85 a 90 del Tratado de Roma por el que se constituyó la Comunidad Económica Europea (CCE) en el año 1957, artículos que siguen vigentes; primero pasaron a ser los artículos 81 a 86 del Tratado de la CCE y actualmente son los artículos 101 a 109 del Tratado para el Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE, y que contienen las normas del Tratado protectoras de la libre competencia<sup>176</sup>.

En España, el art. 138 de la Constitución<sup>177</sup> reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Al referirse a este precepto, el Tribunal Constitucional ha señalado que:

---

<sup>176</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>177</sup> Dice el art. 38: "Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación".

“el reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución Española, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos, supone la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste”<sup>178</sup>.

Teniendo en cuenta que algunas de las cláusulas comúnmente incluidas dentro del contrato de franquicia pueden llegar a ser consideradas como vulneradoras de la competencia, a continuación, iniciaremos el estudio de las normas *antitrust* tanto en la Unión Europea como en España.

En lo que se refiere a la normativa comunitaria, en principio, el artículo 85 del Tratado de Roma (actual art. 101 TFUE) le es aplicable al contrato de franquicia. Este artículo se divide en tres apartados. El primero de ellos contiene la prohibición general de celebrar acuerdos, tomar decisiones de asociaciones de empresas y, en general, realizar prácticas concertadas que vul-

---

<sup>178</sup> STC Núm. 88/1986 de 1 de julio de 1986 (LA LEY 11173-JF/0000) (FJ 4).

neren la libre competencia del mercado<sup>179</sup>; el segundo indica que los acuerdos a los que se refiere el apartado primero serán nulos de pleno derecho; y el tercero contempla la posibilidad de que aquellos acuerdos del apartado primero (que de hecho vulneran la libre competencia) puedan ser exceptuados del régimen de nulidad del apartado segundo, siempre que cumplan con los requisitos allí señalados.

En aquel momento, la exención contemplada en el apartado tercero del art. 85 del Tratado de Roma podría haberse cristalizado de dos maneras a saber: a) reglamentariamente por la Comisión Europea, especificando los casos exceptuados; o b) a través de una decisión individual para un caso en concreto a instancia de alguno de los interesados y para un periodo determinado<sup>180</sup>. Optando por la segunda de las opciones, fue publicado el Reglamento 17/62/CEE<sup>181</sup>, del 6 de febrero, el cual establecía un control centralizado, en virtud del cual los acuerdos susceptibles de limitar y afectar al comercio entre Estados miembros que no estuvieran amparados por un Reglamento de exención por categorías, debían notificarse a la Comisión para poder beneficiarse de una exceptuación individual<sup>182</sup>.

---

<sup>179</sup> El RCAV se encarga de definir el concepto de acuerdo vertical. Según señala en el art. 1, a efectos de ese Reglamento, debe entenderse por: "a) «acuerdos verticales», los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios".

<sup>180</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 312.

<sup>181</sup> Reglamento del Consejo del 6 de febrero de 1962, el cual regula por primera vez la aplicación de los arts. 85 y 86 del TCEE, DO 13, del 21 de febrero de 1962.

<sup>182</sup> FONT GALÁN, J. y PINO ABAD, M., comps. *Estudios de Derecho de la competencia*. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005, p. 250.

Así, tras una primera avalancha de notificaciones individuales, el Consejo decidió aprobar el Reglamento núm. 19/65/CEE, del 2 de marzo<sup>183</sup>, por el que se autorizaba a la Comisión a promulgar reglamentos de exención relativos a aquellas categorías de acuerdos en los que solo participaran dos empresas que tuviesen por objeto una distribución en exclusiva o una compra en exclusiva de productos para su venta y que llevaran aparejadas limitaciones en relación con la adquisición o utilización de derechos de propiedad industrial. Con fundamento en tal autorización fue expedido el Reglamento 67/67/CEE del 22 de marzo, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 85 del TCEE a determinadas categorías de acuerdos de exclusiva<sup>184</sup>.

Hasta mediados de los años ochenta, pese a la reglamentación existente, no había existido ninguna solicitud de declaración de exención para los contratos de franquicia<sup>185</sup> ni había un pronunciamiento del Consejo en forma de Reglamento. Esto causó que en aquella época el carácter exceptuado o no del contrato de franquicia no fuera claro.

En este estado de las cosas, sucede el litigio entre la empresa Pronuptia de París, la cual actuaba como franquiciadora, y la Sra. Schillgalis, una empresaria alemana que actuaba como franquiciada. Las partes habían celebrado tres contratos de franquicia de contenido prácticamente idéntico. El litigio tiene lugar cuando Pronuptia demanda a su franquiciada solicitando el pago

---

<sup>183</sup> DO 36, del 6 de marzo de 1965.

<sup>184</sup> HERRERO GARCÍA, M., comp. *La contratación en el sector de la distribución comercial*. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2010, p. 50.

<sup>185</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 312.

de cuotas atrasadas, pretensiones estimadas en primera instancia. La sentencia es recurrida alegando que los contratos celebrados violaban el art. 85.1 del Tratado de Roma y que por lo tanto eran nulos, razonamientos que fueron estimados en segunda instancia. Pronuptia interpone recurso dando lugar a que por primera vez, la Corte Suprema Federal de Alemania tuviera la oportunidad de plantear al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), como cuestión prejudicial conforme al art. 177 del Tratado de Roma, sobre si el apartado primero del art. 85 del TCEE le era aplicable a los contratos de franquicia.

Entre las cuestiones preguntadas al TJCE se encontraba en primera instancia si el art. 85.1 del Tratado de Roma le era aplicable al contrato de franquicia. Además, se le pidió pronunciarse sobre (en caso de considerar aplicable el art. 85.1 del Tratado de Roma) la posibilidad de aplicar de manera analógica el Reglamento número 67/67/CEE sobre acuerdos de exclusiva.

En su sentencia<sup>186</sup>, el TJCE limitó sus planteamientos al contrato de franquicia de distribución, teniendo que en cuenta que esa era la modalidad contractual sobre la que versaba el objeto del litigio<sup>187</sup> y respecto del cual señaló que dicho contrato «no causa ningún perjuicio, en sí, a la competencia». Para Galán Corona,

---

<sup>186</sup> STJCE del 28 de enero de 1986, en el asunto 161/84, *Pronuptia de Paris GmbH vs. Pronuptia de Paris Irmgard Schillgallis, Rec.*, pp. 378-379.

<sup>187</sup> En el considerando no. 15, el TJCE se define el contrato de franquicia de distribución señalando que «en un sistema de contratos atípicos de franquicia de distribución, una empresa, instalada en un mercado como distribuidor y que haya podido elaborar así un conjunto de métodos comerciales, concede, mediante una retribución, a comerciantes independientes, la posibilidad de establecerse en otros mercados utilizando su rótulo y los métodos comerciales, que le han garantizado el éxito. Más que de un modo de distribución, se trata de una manera de explotar económicamente, sin comprometer capitales propios, un conjunto de conocimientos».

tal planteamiento tuvo importantes efectos en las consideraciones que hasta ese momento se tenía del contrato de franquicia de distribución, ya que si ese contrato no incurría en la prohibición contenida en el art. 85.1 del Tratado, no tenía sentido plantearse la necesidad de elaborar un Reglamento de exención global<sup>188</sup>. No obstante esta consideración, el TJCE dividió las cláusulas de dicho contrato en dos bloques. El primero de ellos contenía todas las cláusulas «indispensables para evitar el aprovechamiento por los competidores de los conocimientos del franquiciador y las que estipulan el control indispensable para mantener el prestigio y la identidad de la red comercial representada por los signos distintivos del franquiciador»<sup>189</sup>, las cuales no incurrían en la prohibición del art. 85.1 del Tratado de Roma. El segundo bloque de cláusulas reúne aquellas que establecen un reparto de mercados entre franquiciador y franquiciados o entre franquiciados, así como también, aquellas que impiden a estos últimos competir en precios entre ellos<sup>190</sup>, las cuales sí se consideran anticompetitivas.

---

<sup>188</sup> GALÁN CORONA, E. "Los contratos de «franchising» ante el Derecho Comunitario protector de la libre competencia (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986)". *Revista de Instituciones Europeas*, volumen 13 núm. 3, (1986); Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 685.

<sup>189</sup> Como se señala en los considerandos 18, 19 y 20, hacen parte de las cláusulas consideradas como no restrictivas de la libre competencia las que establecen la obligación del cesionario de aplicar los métodos comerciales desarrollados por el cedente y de utilizar los conocimientos sobre procedimientos y técnicas (*know-how*) transmitidos; así como también las que establecen la obligación del cesionario de vender las mercancías objeto del contrato únicamente en un local organizado y decorado según las instrucciones del cedente. También sería válida la prohibición, impuesta al cesionario, de no poder ceder los derechos y obligaciones resultantes del contrato sin el consentimiento del cedente.

<sup>190</sup> No obstante, según se señala en el considerando no. 25, no incurrían en la prohibición del art. 85.1 del Tratado la cláusulas que establecen la facultad del cedente de comunicar a los cesionarios precios indicativos, siempre que no existan entre el cedente y los cesionarios o entre los cesionarios, prácticas concertadas para la aplicación efectiva de dichos precios.

El problema que se le planteaba a la empresa franquiciadora era ciertamente arduo, ya que la sentencia suponía la nulidad de las cláusulas de reparto de mercados de los contratos firmados con todos sus concesionarios. Ante esa situación, Pronuptia recurrió a la segunda de las vías posibles para la declaración de exención de un determinado acuerdo, esto es, solicitó de la Comisión una declaración individual de exención para el contrato tipo que pretendía hacer firmar a todos los integrantes de su red de franquiciados<sup>191</sup>, la cual fue concedida. Fue esta primera solicitud de exención, junto con otras que posteriormente le siguieron, las que le dieron lugar al Reglamento CEE núm. 4087/88, del 30 de noviembre de 1988<sup>192</sup>, aplicable a las franquicias de distribución y de servicios.

El Reglamento 4087/88/CEE estableció de forma clara que el contrato de franquicia constituye, en alguna de sus cláusulas esenciales, una práctica restrictiva de la competencia<sup>193</sup>, pero que es declarado exento del régimen de nulidad del art. 85.2 del Tratado de Roma en función de determinadas ventajas que proporciona tanto a las empresas como a los consumidores, razones que a su vez suponen un desarrollo de aquellas mencionadas en la exención individual concedida a Pronuptia de París.

---

<sup>191</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., op. cit., p. 319.

<sup>192</sup> DO L 359, del 28 de diciembre de 1988.

<sup>193</sup> En efecto, el numeral sexto de las consideraciones del Reglamento 4087/88 señala: "los acuerdos de franquicia, tal como son definidos, pueden caer dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. En especial, pueden afectar al comercio entre los Estados miembros cuando estén concluidos entre empresas de distintos Estados miembros, o cuando formen parte de una red que se extienda más allá de los límites de un solo Estado miembro".



Así, de acuerdo con el apartado tercero del preámbulo de dicho Reglamento, se considera que los acuerdos de franquicia mejoran normalmente la distribución de productos y/o la prestación de servicios, puesto que dan a los franquiciadores la posibilidad de crear una red de distribución uniforme mediante inversiones limitadas, lo que puede favorecer la entrada de nuevos competidores en el mercado, particularmente en el caso de las pequeñas y medianas empresas, aumentando así la competencia entre marcas. También permiten que los comerciantes independientes puedan establecer instalaciones más rápidamente y con más posibilidades de éxito que si tuvieran que hacerlo sin la experiencia y ayuda del franquiciador. Por tanto, tienen la posibilidad de competir de forma más eficaz con grandes empresas de distribución<sup>194</sup>.

En este Reglamento se eximen las cláusulas que son incorporadas para salvaguardar los derechos de propiedad industrial del franquiciador, las que prohíben una competencia directa o indirecta durante la ejecución del contrato y con posterioridad a su terminación durante un tiempo determinado, así como todas aquellas cláusulas necesarias para el mantenimiento de la identidad común de la red de franquicia y su reputación. No obstante, hay determinadas cláusulas que de ser incluidas (guardando concordancia con lo dicho por el TJCE en el caso Pronuptia) podrían dar lugar a una declaración de nulidad por parte de la Comisión por producir efectos incompatibles con las condiciones previstas en el apartado tercero del artículo 85 del Tratado de Roma<sup>195</sup>.

---

<sup>194</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, p. 323.

<sup>195</sup> DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F., *op. cit.*, 325.

Estas prohibiciones contenidas en el art. 5 del Reglamento eran: la celebración de acuerdos de franquicia entre competidores, la imposición al franquiciado una obligación de aprovisionamiento exclusivo, la prohibición al franquiciado de usar el *know how* que ha devenido público luego de la terminación del contrato, la imposición al franquiciado de precios de venta y la prohibición al franquiciado de vender/prestar servicios a los usuarios finales en razón de su lugar de residencia.

Además, este reglamento imponía requisitos adicionales para que los acuerdos de franquicia pudieran beneficiarse del beneficio de exención. En particular, el art. 4 establecía determinadas condiciones que debían cumplir los acuerdos, entre las que se encontraba la obligación de permitir los suministros cruzados de la red de distribución, que el franquiciado prestara garantía a todos los productos comercializados por algún miembro de la red franquiciada (tanto franquiciados como distribuidores) en el mercado común y que el franquiciado se anunciara como empresario independiente<sup>196</sup>.

La estructura del Reglamento 4087/88/CEE permitía tener una cierta seguridad jurídica en la medida en que era posible conocer en qué casos el clausulado del contrato se encontraba exento y en cuáles no. En todo caso siempre existía la posibilidad de recurrir a una solicitud de exención individual<sup>197</sup>. Sin embargo, esa competencia exclusiva de la Comisión para autorizar acuerdos, necesaria originariamente para crear un mercado común y un

---

<sup>196</sup> GÓRRIZ LÓPEZ, C. "Distribución comercial y derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)", *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución* No. 6, LA LEY, 2010, p. 45.

<sup>197</sup> HERRERO GARCÍA, M., comp., *op. cit.*, p. 52.

sólido cuerpo doctrinal y jurisprudencial en la materia, desembocó con el paso del tiempo en una carga burocrática excesiva para la institución, que devendría insostenible con la ampliación de la Unión Europea<sup>198</sup>.

Con la finalidad de simplificar los trámites administrativos a los que se veían sometidos los operadores económicos (todos los participantes en el proceso de distribución, del que hacen parte franquiciadores y franquiciados), y a su vez, para aligerar la carga de la Comisión y permitirle realizar un trabajo eficaz respecto de las infracciones más graves, a partir de la segunda mitad de los años 90 se inició en instancias comunitarias un largo proceso de reforma<sup>199</sup> conocido como "modernización del derecho de la competencia"<sup>200</sup>.

Este proceso culminó con la publicación del Reglamento 2790/1999/CEE<sup>201</sup>, el cual sustituyó a todos los antiguos reglamentos de exención por categorías y sometió a un único régimen todos los acuerdos verticales, actuales y futuros. En ese nuevo Reglamento se cambió el enfoque de estudio que hasta el momento se había dado a las conductas anticompetitivas, otorgándole una

---

<sup>198</sup> FONT GALÁN, J. y PINO ABAD, M., *op. cit.*, p. 250.

<sup>199</sup> La iniciativa para reformar el régimen preexistente partió del Libro Verde sobre las restricciones verticales de 1996, el que la Comisión Europea expresó su deseo de alterar el enfoque conforme al cual había que considerar los acuerdos de distribución desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Así, en este Libro Verde se expresaba la necesidad de no considerar prohibidas las restricciones verticales en todo caso, sino solo cuando las empresas partícipes tuvieran poder de mercado. Además, se expresaba el deseo de atender realmente a los efectos de las prácticas restrictivas y no a realizar un mero análisis formal de las cláusulas, tal como se realizaba anteriormente. Por otro lado, se establecía como posible opción la de crear una exención por categoría relativa a los acuerdos verticales más amplia que acogiera las distintas formas de distribución conocidas o por desarrollar en el futuro, permitiendo así una mayor flexibilidad en el diseño de la red de distribución. Véase HERRERO GARCÍA, M. (Dir.), *La contratación en el Sector...*, *op. cit.*, p. 54.

<sup>200</sup> FONT GALÁN, J. y PINO ABAD, M., *op. cit.*, p. 251.

<sup>201</sup> DO L 336, del 29 de diciembre de 1999.

mayor importancia al análisis económico de los efectos de los acuerdos en el mercado. Además, simplificó el análisis para los operadores, eliminando las listas de cláusulas permitidas, deteniéndose a regular únicamente las consideradas prohibidas que no podrían ser incluidas dentro de ningún acuerdo. Otro gran cambio fue el contenido en el artículo 2.2 de dicho reglamento<sup>202</sup>, referente al volumen de negocios de las partes contratantes, el cual no podría superar los 50 millones de euros al año, límite a partir del cual el acuerdo no sería considerado exento.

## **4.2 Regulación actual: Aplicación del Reglamento 330/10 al Contrato de Franquicia**

El actual Reglamento 330/10 de la Comisión, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, en adelante RCAV, corresponde a los esfuerzos del legislador comunitario de adaptar la normativa a los diez años de evolución del mercado en los que estuvo en vigor el Reglamento 2790/1999<sup>203</sup>. Si bien, esta nueva normativa mantiene los mismos principios del Reglamento 2790/1999, como lo es el análisis económico sobre los efectos de las cláusulas contenidas en los acuerdos que

---

<sup>202</sup> El Artículo 2.2 del Reglamento 2790/1999 señalaba: "La exención prevista en el apartado 1 se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año."

<sup>203</sup> El segundo de los considerandos del Reglamento 330/10 menciona: "Teniendo en cuenta los resultados globalmente positivos de la aplicación de este Reglamento que expira el 31 de mayo de 2010, y a la vista de la experiencia adquirida desde su adopción, procede adoptar un nuevo Reglamento de exención por categorías".

regula, la Comisión introdujo algunos cambios importantes. Adicionalmente, también contamos con las Directrices<sup>204</sup> relativas a la aplicación del RCAV<sup>205</sup>, en adelante simplemente las Directrices, en las que se encuentran una serie de guías que pretenden ayudar a las empresas a que realicen su propia evaluación de los acuerdos verticales con arreglo a las normas de competencia de la UE.

Dentro de las consideraciones previas que motivan la normativa del Reglamento 330/10, la contenida en el apartado no. 6 resulta de gran relevancia. De acuerdo con éste, determinados tipos de acuerdos verticales pueden mejorar la eficiencia económica de una cadena de producción o de distribución al permitir una mejor coordinación entre las empresas participantes. En este sentido, las Directrices señalan que los acuerdos de franquicia contribuyen a la «uniformidad y normalización de la calidad» a través del incremento de las ventas mediante la creación de una imagen de marca, algo que aumenta la capacidad de atracción de un producto para el consumidor final al imponer a los distribuidores un cierto grado de uniformidad y normalización de la calidad<sup>206</sup>. Partiendo de esta base, podemos considerar que el contrato de franquicia de distribución hace parte de aquella categoría de acuerdos que la Comisión ha considerado que cumplen normalmente las condiciones previstas en el artículo 101, apartado 3, del TFUE.

---

<sup>204</sup> DO C130/1 del 19 de junio de 2010.

<sup>205</sup> Según señala el apartado primero de las Directrices, bajo el título "objetivo de las directrices", éstas «establecen los principios para evaluar los acuerdos verticales con arreglo al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (\*)» (en lo sucesivo denominado «el artículo 101») ( 1 ). El artículo 1, apartado 1, letra a), del Reglamento (UE) no 330/2010 de la Comisión de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas».

<sup>206</sup> Apartado 1.2 i) de las Directrices.

#### 4.2.1 *Ámbito de aplicación*

El art. 2 del RCAV delimita su ámbito de aplicación. Así, solo aquellos acuerdos que cumplan con los presupuestos en él señalados se encontrarán exceptuados del régimen de nulidad previsto en el apartado 2 del art. 101 del TFUR. Estos son:

- a. La exención se aplicará en la medida en que tales acuerdos contengan «restricciones verticales». Respecto de este primer punto, el contrato de franquicia se vale de acuerdos verticales considerados como restrictivos, razón por la cual este punto es aplicable a la franquicia.
- b. La exención se aplicará a los acuerdos verticales “suscritos entre una asociación de empresas y sus miembros, o entre dicha asociación y sus proveedores, únicamente cuando todos sus miembros sean minoristas y ningún miembro individual de la asociación junto con sus empresas vinculadas tenga un volumen de negocios global superior a 50 millones de euros al año”.

El art. 1 a) del RCAV define un acuerdo vertical como un acuerdo o práctica concertada suscrito entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. En este aspecto, hay que tener en cuenta que el Reglamento 330/10 extendió el alcance de los términos “empresa”, “proveedor” y “comprador” para incluir a todo tipo de empresas vinculadas. Las que tienen directa o indirectamente: (i) más de la mitad de los derechos de voto, o (ii) más de la mitad de los miembros del consejo de administración, o (iii) derecho a dirigir las actividades.

Y todas las empresas que tienen vinculaciones de este tipo, en cascada, hacia arriba y hacia abajo, o a través de empresas vinculadas, o de forma conjunta entre varias<sup>207</sup>. En el mismo sentido, otra de las modificaciones fue la realizada al concepto de competidor, el cual ha sido extendido para incluir al competidor potencial<sup>208</sup>, con lo cual debemos entender que la Comisión ha querido ampliar el alcance de la exención.

- c. La exención se aplicará a los acuerdos verticales que contengan cláusulas que se refieran a la cesión al comprador, o la utilización por el comprador, de derechos de propiedad intelectual, siempre que dichas cláusulas cumplan cinco condiciones<sup>209</sup>:
- Las cláusulas de Derecho de Propiedad Intelectual (DPI) deben formar parte de un acuerdo vertical, es decir, un acuerdo que establezca condiciones con arreglo a las cuales las partes puedan adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios;
  - los DPI deben cederse al comprador o destinarse a ser utilizados por éste;
  - las cláusulas de DPI no deben constituir el objeto principal del acuerdo;
  - las cláusulas de DPI deben estar directamente relacionadas con la utilización, la venta o la reventa de bienes o servicios por parte del comprador o sus clientes.

---

<sup>207</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 219.

<sup>208</sup> En efecto, el artículo 1 c) del RCAV señala que debe entenderse por: "«Empresa competidora», un competidor real o potencial; «competidor real», una empresa activa en el mismo mercado de referencia; «competidor potencial», una empresa que, en ausencia de un acuerdo vertical, podría emprender, por razones realistas y no según una posibilidad meramente teórica, las inversiones adicionales necesarias o sufragar otros costes de transformación necesarios para penetrar en el mercado de referencia en un breve periodo de tiempo en caso de aumento ligero, aunque constante, de los precios relativos".

<sup>209</sup> Apartado 31 de las Directrices.

Es el caso de franquicia en la que el marketing es el objeto de la explotación de los DPI, los bienes o servicios son distribuidos por el franquiciado principal o los franquiciados<sup>210</sup>;

- las cláusulas de DPI, en relación con los bienes o servicios objeto del contrato, no deben contener restricciones de la competencia que tengan el mismo objeto o efecto que las restricciones verticales que no estén exentas con arreglo al Reglamento de Exención por Categorías.

Las licencias contenidas en los acuerdos de franquicia quedan cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías si reúnen estas cinco condiciones. Por lo general, dichas condiciones se encuentran reunidas en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos de máster franquicia, ya que el franquiciador ofrece al franquiciado bienes o servicios, especialmente servicios de asistencia comercial o técnica. Por lo general, se considera que las obligaciones siguientes relacionadas con los DPI son necesarias para proteger los derechos de propiedad intelectual del franquiciador, y si tales obligaciones se encuadran en el ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, están amparadas por el Reglamento de Exención por Categorías<sup>211</sup>:

- Obligación del franquiciado a no ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar;
- la imposición al franquiciado de la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora, que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa;

---

<sup>210</sup> Apartado 31 de las Directrices.

<sup>211</sup> Apartado 45 de las Directrices.



- la imposición al franquiciado de la obligación de no revelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público;
  - obligación del franquiciado de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de concederle al franquiciador y a otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia;
  - la imposición al franquiciado de la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores;
  - la imposición al franquiciado de la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia;
  - la obligación del franquiciado de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador.
- d. La exención no se aplicará a los acuerdos verticales suscritos entre empresas competidoras. No obstante, se aplicará cuando empresas competidoras suscriban un acuerdo vertical no recíproco y (i) el proveedor sea un fabricante y un distribuidor de bienes y el comprador sea un distribuidor y no una empresa competidora en el plano de fabricación, o (ii) el proveedor sea un prestador de servicios en distintos niveles de actividad comercial y el comprador suministre sus bienes y servicios en el nivel minorista y no es una empresa competidora en el nivel comercial en el que compra los servicios contractuales.

- e. El Reglamento no se aplicará a los acuerdos verticales cuyo objeto entre dentro del ámbito de aplicación de otros Reglamentos de exención por categorías, a menos que dichos Reglamentos dispongan lo contrario.

#### *4.2.2 Umbral de cuota de mercado*

Este es otro punto en el que podemos encontrar una modificación en relación al Reglamento 2790/1999. El umbral de cuota de mercado, que únicamente era establecido para el proveedor<sup>212</sup>, ha sido ahora extendido al comprador. Así, se encuentran exentos los contratos en que: (i) el proveedor no supera el 30% del mercado en que vende, y (ii) el comprador no supera el 30% del mercado en que compra<sup>213</sup>.

---

<sup>212</sup> El artículo 9.1 del Reglamento 2790/1999 señalaba: "La cuota de mercado del 30% prevista en el apartado 1 del artículo 3 se calculará sobre la base del valor de mercado de las ventas de los bienes o servicios contractuales y otros bienes o servicios vendidos por el proveedor, que el comprador considere intercambiables o sustituibles debido a sus características, precios y destino previsto".

<sup>213</sup> De acuerdo con el apartado 92 de las Directrices, en caso de que además del suministro del bien objeto del contrato, el acuerdo vertical conste también de disposiciones de DPI -como una disposición relativa al uso de la marca del proveedor- que ayuden al comprador a comercializar el bien objeto del contrato, la cuota del proveedor en el mercado en que venda el bien es decisiva para la aplicación del Reglamento de Exención por Categorías. En caso de que un franquiciador no suministre productos para su reventa sino que preste un conjunto de servicios combinados con disposiciones de DPI que juntos constituyan el método comercial objeto de la franquicia, el franquiciador debe tener en cuenta su cuota de mercado como prestador de un método comercial. A tal efecto, el franquiciador debe calcular su cuota en el mercado en que se explote el método comercial, que no es sino el mercado en el que los franquiciadores explotan el método comercial para prestar bienes o servicios a los usuarios finales. El franquiciador debe calcular su cuota de mercado partiendo del valor de los bienes o servicios prestados por sus franquiciados en este mercado. En él, los competidores pueden ser suministradores de otros métodos comerciales franquiciados, aunque también proveedores de bienes o servicios intercambiables que no recurran a la franquicia. Así por ejemplo, sin perjuicio de la definición de este mercado, si existiese un mercado de servicios de comida rápida, un franquiciador que operase en él tendría que calcular su cuota de mercado basándose en las correspondientes cifras de ventas de sus franquiciados en dicho mercado.

### *4.2.3 Restricciones prohibidas: nulidad del contrato*

El art. 4 del RCAV establece cuáles son las restricciones consideradas especialmente graves. En estos casos, la exención del art. 2 no se aplica, causando la nulidad de la integridad del acuerdo. Estas restricciones están prohibidas en sus más amplios términos: cuando existan, directa o indirectamente, solas o con otros factores<sup>214</sup>.

#### *a) Fijación de precios de venta o reventa*

En virtud del art. 4 a) del RCAV, no se permite “la restricción de la facultad del comprador de determinar el precio de venta, sin perjuicio de que el proveedor pueda imponer precios de venta máximos o recomendar un precio de venta, siempre y cuando éstos no equivalgan a un precio de venta fijo o mínimo como resultado de presiones o incentivos procedentes de cualquiera de las partes”.

En consecuencia, se considera que, con carácter general, una cláusula por la que el proveedor pretenda controlar el precio al que el distribuidor puede vender la mercancía tiene importantes efectos restrictivos y que, por tanto, es contraria a las normas de la libre competencia. Esta prohibición no abarca solamente las cláusulas contractuales o las prácticas concertadas que fijan directamente el precio de reventa, sino también otra serie de cláusulas o prácticas con las que se puede lograr el mismo objetivo, por ejemplo, las cláusulas que fijan el margen de distribución, así como las que fijan el nivel máximo de descuentos que el distribuidor puede conceder partiendo de un nivel máximo de descuentos establecido, entre otras. Por el contrario, se considera

---

<sup>214</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 220.

que la fijación de precios máximos o indicativos es beneficiosa pues puede constituir el medio a través del cual el fabricante asegura que los descuentos promocionales ofrecidos lleguen a los consumidores o el mantenimiento de determinada uniformidad en la imagen de distribución creada<sup>215</sup>.

### *b) Restricciones territoriales*

Partiendo de la idea según la cual, cuando la distribución está organizada en forma de exclusivas territoriales que se extienden a todo el territorio de diferentes Estados miembros, los contratos de distribución comercial se pueden convertir en instrumentos para erigir fronteras artificiales que dificultan el tráfico intracomunitario<sup>216</sup>. Por esta razón, se establece en el RCAV la prohibición de incluir cláusulas que tengan como objeto o por efecto, la compartimentación del mercado entre las partes contratantes, por territorio o clientes. Ello puede ser consecuencia de obligaciones directas, como la obligación de no vender a determinados clientes o a clientes situados en territorios específicos o la obligación de transferir los pedidos de estos clientes a otros distribuidores. También puede ser consecuencia de medidas indirectas destinadas a inducir al distribuidor a no vender a estos clientes, tales como la denegación o reducción de primas o descuentos, la negativa a suministrar, la reducción de los volúmenes suministrados o la limitación de los volúmenes suministrados a la demanda del territorio o del grupo de cliente, entre otras<sup>217</sup>.

<sup>215</sup> HERRERO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 68.

<sup>216</sup> *Ibidem*, p. 69.

<sup>217</sup> Punto 50 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

No obstante, el Reglamento reconoce que las restricciones territoriales en algunas ocasiones generan efectos positivos, razón por la cual ha adoptado cuatro excepciones a la regla, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 4 b) del RCAV.

- La primera excepción posibilita *la restricción de ventas activas en el territorio o al grupo de clientes reservados en exclusiva al proveedor o asignados en exclusiva por el proveedor a otro comprador, cuando tal prohibición no limite las ventas de los clientes del comprador*. En consecuencia, se le permite a los proveedores restringir las ventas activas<sup>218</sup> efectuadas por sus compradores directos a un territorio o a un grupo de clientes que se ha asignado exclusivamente a otro comprador o que el proveedor se ha reservado para sí<sup>219</sup>.
- La segunda restricción hace referencia a las *ventas a usuarios finales por un comprador que opere a nivel del comercio al por mayor*. Esto es, se permite restringir a un mayorista la venta a usuarios finales, concediendo de esta forma al proveedor un cierto margen de libertad en el diseño de la organización de su sistema de distribución<sup>220</sup>.

---

<sup>218</sup> De acuerdo con el punto 51 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10, para los efectos de la presente excepción, por venta activa debe entenderse la aproximación activa a clientes individuales, por ejemplo, mediante correo directo, incluidos correos electrónicos no solicitados, o visitas, o la aproximación activa a un grupo de clientes específico o a clientes en un territorio específico asignado exclusivamente a otro distribuidor mediante publicidad en medios de comunicación, en internet u otras actividades destinadas específicamente a dicho grupo de clientes o a clientes en ese territorio. Por venta pasiva se entiende la respuesta a pedidos no solicitados activamente procedentes de clientes individuales, incluida la entrega de bienes o servicios a dichos clientes. En este sentido, son consideradas ventas pasivas, las actividades de carácter general de publicidad o promoción que alcancen a clientes de los territorios o grupos de clientes asignados en exclusiva a otros distribuidores pero que constituyen un medio razonable para llegar a los clientes situados fuera de esos territorios o grupos de clientes, por ejemplo, para llegar a los clientes en territorios no asignados o en el territorio propio.

<sup>219</sup> Punto 51 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

<sup>220</sup> HERRERO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 73.

- La tercera excepción es la relativa a las *ventas realizadas por los miembros de un sistema de distribución selectiva a distribuidores no autorizados en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema*. En este punto hay que resaltar una modificación en relación con el anterior reglamento, específicamente en la parte final de la redacción que menciona “en el territorio en el que el proveedor ha decidido aplicar ese sistema”, lo cual implica una reducción del ámbito de aplicación de la excepción<sup>221</sup>. La justificación de esta disposición reside en la importancia que tiene el establecimiento comercial para las redes de distribución selectiva<sup>222</sup>.
- La última excepción versa sobre *la facultad del comprador de vender componentes suministrados con el fin de su incorporación a un producto, a clientes que tengan intención de usarlos para fabricar el mismo tipo de productos que el proveedor*. Esta excepción permite a un proveedor restringir a un comprador de componentes suministrados para ser incorporados en su reventa a los competidores del proveedor. El término «componente» se refiere a todo bien intermedio, mientras que «incorporación» hace referencia a la utilización de cualquier insumo para la fabricación de productos<sup>223</sup>.

<sup>221</sup> VIERA GONZÁLEZ, A. y ECHEVARRÍA SÁENZ, J., *op. cit.*, p. 354.

<sup>222</sup> GÓRRIZ LÓPEZ, C. *op. cit.*, p. 61.

<sup>223</sup> Punto 55 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

*c) Restricciones de ventas activas y pasivas  
y restricción de suministros cruzados en un  
sistema de distribución selectiva*

Las restricciones contenidas en los literales c) y d) del art. 4 del RCAV, se refieren ambas a sistemas de distribución selectiva. Por un lado, en virtud del art. 4 c), se encuentran prohibidas las cláusulas que tengan por objeto o como efecto, la restricción de las ventas activas o pasivas a los usuarios finales, ya sean usuarios finales, profesionales o consumidores, por parte de los miembros de un sistema de distribución selectiva que operen al nivel de comercio minorista al por menor, sin perjuicio de la posibilidad de prohibir a un miembro del sistema que opere fuera de un lugar de establecimiento no autorizado. En este mismo sentido, en un sistema de distribución selectiva, el distribuidor autorizado debería gozar de plena libertad para anunciarse y vender con ayuda de internet. Por tanto, la Comisión considera restricción especialmente grave cualquier obligación que disuada a los distribuidores autorizados de utilizar internet para llegar un mayor número y diversidad de clientes imponiendo criterios para las ventas en línea que no sean globalmente equivalentes a los criterios impuestos para las ventas en establecimientos físicos<sup>224</sup>.

En el territorio donde el proveedor realiza la distribución selectiva, este sistema no puede combinarse con la distribución exclusiva puesto que ello llevaría a una restricción especialmente grave de la venta activa o pasiva por los distribuidores autorizados en virtud del artículo 4, letra c) del RCAV, con la excepción de

---

<sup>224</sup> Punto 56 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

que pueden imponerse restricciones a la capacidad del distribuidor de determinar la situación de sus locales comerciales. Es posible impedir a distribuidores autorizados que desarrollen su actividad comercial en locales diferentes o que abran un nuevo establecimiento en un emplazamiento diferente. En este contexto, el uso por un distribuidor de su propia página web no puede asimilarse a la apertura de un nuevo local en un emplazamiento diferente<sup>225</sup>. Por otro lado, los distribuidores designados deben ser libres tanto para vender como para comprar los productos objeto del contrato a otros distribuidores designados de la misma red, estén en el nivel que estén.

En virtud del art. 4 d) del RCAV, se considera especialmente grave la restricción de los suministros cruzados entre distribuidores dentro de un sistema de distribución selectiva, inclusive entre distribuidores que operen a distintos niveles del comercio. En consecuencia, no se puede obligar a los distribuidores designados a que únicamente compren los productos objeto del contrato al proveedor o la empresa indicada por éste, ni tampoco se puede imponer restricciones a los mayoristas designados en lo que respecta a las ventas del producto a minoristas designados<sup>226</sup>. El fundamento de esta prohibición se encuentra en el principio de integración de mercados: el veto a los suministros cruzados dentro de una red de distribución selectiva puede crear barreras de entrada y fragmentar el mercado único<sup>227</sup>.

---

<sup>225</sup> Punto 57 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

<sup>226</sup> HERRERO GARCÍA, M., *op. cit.*, p. 78.

<sup>227</sup> GÓRRIZ LÓPEZ, C., *op. cit.*, p. 62.



#### *d) Restricción de venta de componentes*

En virtud del art. 4 e) del RCAV, es considerada especialmente grave la restricción acordada entre un proveedor de componentes y un comprador que los incorpora a otros productos que limite la capacidad del proveedor de vender esos componentes como piezas sueltas a usuarios finales o a talleres de reparación o proveedores de otros servicios a los que el comprador no haya encomendado la reparación o mantenimiento de sus productos. En este punto, la Comisión ha ampliado el alcance de la restricción al cambiar el término *bienes* por *productos*, comprendiendo este último tanto los bienes como los servicios.

#### *4.2.4 Restricciones condicionadas*

El art. 5 del RCAV excluye a determinadas obligaciones del ámbito de aplicación del Reglamento, aunque no se supere el umbral de cuota de mercado. Sin embargo, el RCAV seguirá aplicándose a la parte restante del acuerdo vertical si dicha parte es separable de las obligaciones no cubiertas por la exención<sup>228</sup>. Estas cláusulas prohibidas son:

---

<sup>228</sup> Punto 65 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10.

- Como regla general, están prohibidas las cláusulas de prohibición de competencia<sup>229</sup> de duración indefinida o de más de cinco años<sup>230</sup>. *Sensu contrario*, estarán exentas cuando su duración se limite a cinco años o menos y no existan obstáculos que impidan al comprador dar por concluida la obligación de no competencia al final del período de ese periodo. Una prohibición de competencia tácitamente renovable tras un período de cinco años, se considera indefinida y, por tanto, prohibida. No obstante, el contrato de franquicia es una excepción a esta regla, ya que la transferencia de conocimientos técnicos sustanciales justifica generalmente una obligación de no competencia para toda la duración del acuerdo.
- Las que prohíban al comprador, tras la expiración del acuerdo, fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios. Sin embargo, es posible restringir ilimitadamente el uso y divulgación de conocimientos técnicos que no sean de dominio público.
- Las que prohíben a distribuidores selectivos vender marcas de competidores determinados<sup>231</sup>.
- Las que prohíben al comprador la competencia post-contractual si: a) son bienes o servicios competidores; o b) se limita al local que ocupaba el comprador; o c) es indispensable, para proteger conocimientos técnicos transferidos; o d) se limita a un año tras expirar el acuerdo.

<sup>229</sup> Se entiende por cláusula de no competencia en el sistema de franquicia aquella que impida al franquiciado vender productos que compitan con los establecidos en el contrato y, también, las que obliguen al franquiciado a comprar al franquiciador (o proveedores homologados) más del 80% del total de sus compras.

<sup>230</sup> De acuerdo con el punto 66 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10, estas cláusulas de no competencia son acuerdos que resultan en que el comprador adquiere del proveedor o de otra empresa que éste designe más del 80 % del total de sus compras de los bienes y servicios objeto del contrato y sus sustitutos durante el año civil precedente.

<sup>231</sup> De acuerdo con el punto 69 de las Directrices explicativas del Reglamento CE 330/10, lo que se pretende con la exclusión de esta cláusula es evitar que una serie de proveedores que utilizan las mismas salidas de distribución selectiva impidan a uno o varios competidores específicos servirse de estas salidas para distribuir sus productos (marginación de un proveedor competidor que constituiría una forma de boicot colectivo).

#### 4.2.5 Cuestiones específicas relacionadas con el contrato de franquicia

Todo lo dicho hasta aquí en relación con el umbral de cuota de mercado, así como a la distribución selectiva, la cláusula de no competencia o la distribución exclusiva, se aplican igualmente a la franquicia. Sin embargo, el punto 190 de las Directrices contiene dos observaciones específicas aplicables al contrato de franquicia:

- a. Cuanto más importante es la transferencia de conocimientos técnicos, más probable es que las restricciones creen eficiencias o sean imprescindibles para proteger los conocimientos técnicos, y que las restricciones verticales cumplan las condiciones del artículo 101, apartado 3.
- b. Las obligaciones de no competencia en los bienes o servicios adquiridos por el franquiciado quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos tampoco es pertinente la duración de la obligación de no competencia con arreglo al artículo 101, apartado 1, siempre y cuando no exceda de la duración del propio acuerdo de franquicia.

#### 4.2.6 No aplicación del Reglamento

Si existen redes paralelas de restricciones verticales que abarquen más del 50% de un mercado de referencia, la Comisión puede declarar que el RAV no se aplicará específicamente a estos acuerdos verticales<sup>232</sup>.

---

<sup>232</sup> VÁSQUEZ ALBERT, D., *op. cit.*, p. 221.

### 4.3 Normativa Española

Las normas de regulación de la competencia se encuentran en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Al entrar en vigencia esta ley se hizo una importante reestructuración de los órganos administrativos de la competencia<sup>233</sup>. No obstante, en nuestro tema en cuestión, ante todo hay que destacar que el sistema de protección de la libre competencia que manifiesta en las normas comunitarias y en la legislación española es el mismo<sup>234</sup> (aunque con ciertas diferencias). Ambos mantienen una relación de coexistencia<sup>235</sup>, siendo el criterio delimitador para la aplicación de unas u otras normas, la posible afectación al comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea<sup>236</sup>. Cuando una restricción de la competencia puede afectar al comercio entre los Estados miembros, ya sea manera directa o indirecta, entonces será aplicable el Derecho comunitario.

---

<sup>233</sup> BACHES OPI, S., *La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*. La Ley, 2010, p. 30.

<sup>234</sup> Esto significa que ambas regulaciones se basan, en general, en los mismos principios y están estructuradas de la misma manera.

<sup>235</sup> Respecto de la relación de coexistencia de las normas comunitarias con las nacionales, se han formulado dos teorías contrapuestas. La primera es conocida como la teoría de la barrera única, conforme a la cual, la aplicación del Derecho comunitario excluye la aplicación del Derecho nacional. La segunda teoría es la de la doble barrera, según la cual, a un mismo supuesto de las normas del Derecho comunitario y las normas del Derecho nacional, el supuesto de hecho solo sería lícito si, además de no incurrir en la prohibición del art. 101 TFUE (primera barrera a superar), no resulta incompatible con lo dispuesto en la materia por un Estado miembro (segunda barrera). CALVO CARAVACA, A. *Derecho antitrust europeo*. Tomo I. Parte general de la competencia. Constitución y Leyes S.A., 2009, p. 376.

<sup>236</sup> Sobre el particular, el punto 14 de las consideraciones del RCAV, menciona que el artículo 29, apartado 2, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo confiere a la autoridad de competencia de un Estado miembro la facultad de retirar el beneficio de la aplicación del Reglamento a su territorio o parte del mismo cuando, en un caso específico, un acuerdo vertical al que se aplique la excepción prevista en el artículo 2 surte, no obstante, efectos incompatibles con el artículo 101, apartado 3 del Tratado, cuando tales efectos tengan lugar en su territorio o en una parte de él, y cuando dicho territorio reúna todas las características propias de un mercado geográfico separado.

Si, por el contrario, esta afectación no puede producirse, entonces será aplicable la legislación nacional<sup>237</sup>.

En términos generales, tanto el art. 101 TFUE como el art. 1.1 de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante LCD), establecen el mismo principio general prohibitivo de las colusiones entre empresas. Se prohíbe con carácter general cualquier modalidad de entendimiento o de coordinación que pueda dar lugar a una eliminación o restricción de la competencia entre dos o más empresas. La diferencia entre una y otra reside en que la primera solo regula aquellas colusiones que puedan afectar el comercio entre Estados miembros, mientras que la segunda es aplicable a las colusiones que afecten al mercado nacional español<sup>238</sup>.

Aunque ambas regulaciones difieren en algunos aspectos<sup>239</sup>, la regulación de la franquicia no presenta cambios sustanciales, razón por la cual, todo lo dicho hasta ahora en relación con la regulación comunitaria será de aplicación cuando el análisis se haga a la luz de las normas españolas de la competencia.

En este apartado señalaremos algunos ejemplos del tratamiento jurisprudencial que se le ha dado en España al contrato de franquicia.

---

<sup>237</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *op. cit.*, p. 309.

<sup>238</sup> *Ibíd.*, p. 318.

<sup>239</sup> Por ejemplo, en materia de concentraciones, si bien ambas regulaciones coinciden en considerarlas situaciones restrictivas de la competencia y exigen notificaciones previas, en la LCD se prevé que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, puede acordar autorizar la concentración en atención a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia (arts. 10 y 60 LCD).

#### *4.3.1 Fijación de precios de venta o reventa*

El Tribunal de Defensa de la Competencia analizó una cláusula en la que presuntamente se imponían precios de venta en un contrato de franquicia. Esta revisión sucedió con ocasión de un escrito recibido por un franquiciado de la empresa Distribuidora Internacional de Alimento S.A. (DIASA), en el que le acusó de cometer una serie de prácticas restrictivas de la competencia, consistentes en fijar a los franquiciados los precios de venta al público (PVP) de sus productos. A esta denuncia posteriormente se adhirieron otros dos franquiciados.

DIASA alegó que los precios comunicados a sus franquiciados eran recomendados y, por tanto, que éstos tienen libertad para modificarlos. Sin embargo, durante la investigación se demostró que cada 15 días DIASA enviaba el listado de PVP por correo electrónico a sus franquiciados. Estos establecimientos para aplicar el PVP del listado remitido por DIASA tenían que instalarlo en una terminal para que el escáner leyera el código de barras. Para cambiarlo los franquiciados tenían que acceder al mecanismo lector del PVP en la terminal y para poder hacerlo se necesitaba de una llave que ninguno de los franquiciados tenía. Como resultado de la investigación se encontró acreditado que dadas las dificultades técnicas e inconvenientes que supone al franquiciado modificarlos, ha de entenderse que las listas de PVP remitidas por DIASA se referían a precios fijos y no sólo recomendados.

No obstante, al revisar el caso, el Tribunal de Defensa de la Competencia<sup>240</sup> llegó a una conclusión diferente, señalando que:

“Sin embargo, este Tribunal, en el uso de la valoración de la prueba que le corresponde, entiende que la convicción alcanzada por el Servicio no puede ser asumida. En efecto, ha de tenerse en cuenta que, frente a lo manifestado en las investigaciones domiciliarias realizadas por el Servicio, las contestaciones de los franquiciados a la encuesta realizada por éste entre 20 de ellos, y cuya libertad para contestarla no se acredita que fuese limitada por DIASA, afirman la posibilidad de poder modificar los PVP remitidos por DIASA, utilizando para ello un mecanismo que, como se desprende del acta notarial aportada por la expedientada, no resulta técnicamente imposible ni difícil de realizar. De otro lado, constan también en el expediente las manifestaciones de los titulares o encargados de 648 establecimientos franquiciados que, contestando a la encuesta practicada por DIASA, vienen a manifestar la posibilidad de variar los PVP remitidos por ésta”.  
(Subrayas por fuera del texto)

Así, del contenido de esta resolución es posible concluir que aunque quizá resulte cuestionable el grado de dificultad que le podía suponer a los franquiciados la posibilidad de realizar cambios sobre la lista de precios remitida por el franquiciador, lo relevante resulta ser la imposibilidad real de no poder realizar cambios más los criterios técnicos que haya que seguir para poder realizarlos.

---

<sup>240</sup> STDC de 18 de junio de 2003, proc. 541/2002, (LA LEY 2929/2003) FJ( 4).

#### *4.3.2 Restricciones de ventas activas y pasivas y restricción de suministros cruzados en un sistema de distribución selectiva*

En agosto de 1995 fue solicitada una autorización al Tribunal de Defensa de la Competencia para la puesta en práctica de un contrato-tipo de franquicia en el que se incluía la siguiente cláusula:

“...el franquiciado deberá suministrarse del franquiciador, de cualquier tercero que éste designe u homologue o de cualquier otro franquiciado de todos los elementos materiales (pantallas, repuestos, hardware, etc.) e inmateriales (mantenimiento, software, etc.) que el franquiciador o el tercero designado comercialicen, distribuyan o vendan relativos a la patente y sistema citados, a los precios y en las condiciones recomendados que se señalan en los documentos que se acompañan como anexo nº 2 del presente contrato”.

En su análisis, el Tribunal consideró que la posibilidad que se brinda al franquiciado de abastecerse de terceras personas distintas del franquiciador resulta desvirtuada si los suministros han de hacerse a los precios y en las condiciones establecidas por el propio franquiciador. En su entender, una cláusula en estos términos contiene una restricción de competencia que no resulta imprescindible para el logro de los objetivos que se pretenden con la franquicia y que, por consiguiente, no resulta autorizable<sup>241</sup>.

---

<sup>241</sup> RTDC de 17 de abril de 1996 (LA LEY 16423/1996) FJ (4).



#### *4.3.3 Prohibición al franquiciado de fabricar, comprar, vender o revender bienes o servicios adquiridos de empresas competidoras*

Una denuncia realizada por la Asociación Española de Empresas Distribuidoras de Gases Licuados del Petróleo contra Repsol Butano, S.A. por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 consistentes en la existencia de acuerdos prohibidos (fijación de precios y condiciones comerciales), abuso de posición de dominio, entre otras conductas, da lugar a un examen del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre el tema, entrando a analizar la licitud de una cláusula en la que se impone al franquiciado la obligación de no fabricar, vender o utilizar en el marco de la prestación de servicios, productos competidores con los productos del franquiciador que sean objeto de la franquicia. Esta obligación se inserta en un contrato de franquicia cuyo objeto es el de vender o utilizar a la vez, en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquéllos. Esto se hacía a través de un servicio de revisiones periódicas en el mercado secundario de venta de dispositivos y aparatos para la utilización del gas en los hogares, vendidos directamente a los usuarios por el franquiciador.

En este caso, el Tribunal tuvo en cuenta que los productos a los que se refería el contrato no eran fabricados por Repsol Butano y, adicionalmente, no se imponía la obligación de comprar estos productos al franquiciador sino que se admitía la compra de cualquier proveedor, siempre que se cumpliera una de varias condiciones: o que hayan sido homologados por Repsol Butano, o que el producto cumpliera las especificaciones mínimas establecidas. El Tribunal consideró inicialmente que estas condiciones efectivamente son necesarias para mantener

una identidad común y la reputación de la red franquiciada, ya que cualquier accidente derivado de un fallo en la seguridad de los elementos suministrados tendría consecuencias muy negativas para la imagen de los servicios oficiales de Repsol Butano en su labor de revisión periódica de instalaciones.

Sin embargo, el análisis del Tribunal señaló que no todas las piezas a las que se refería la mencionada cláusula podían entrar dentro de la amplia categoría de producto, señalando lo siguiente:

"... Cuando el objeto de la franquicia sea vender o utilizar a la vez, en el marco de la prestación de servicios, determinados productos y piezas de recambio o accesorios de aquéllos, esta obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios; en segundo lugar, porque la imputada parece que quiere decir que en el marco de las revisiones periódicas no pueden considerarse «piezas de recambio o accesorios», sino «productos» utilizados para la prestación del servicio, dado el objeto de ésta, lo que resulta difícil de creer tanto porque es evidente que siempre se realiza la reposición de las piezas gastadas y caducadas, como porque, según consta como manifestado por Repsol Butano en el folio 1882 relativo al Hecho Probado 5, los elementos o productos más utilizados son, precisamente, los tubos flexibles o rígidos, las abrazaderas y los reguladores; y, en tercer lugar, en todo caso, como termina señalando dicho apartado, porque la obligación no podrá imponerse en lo que respecta a las piezas de recambio o accesorios, que es en lo que se basa la imputación"<sup>242</sup>. (Subrayas por fuera del texto)

---

<sup>242</sup> STDC de 21 de octubre de 2002 (LA LEY 174199/2002) FJ (7).

#### 4.3.4 Limitación de la competencia contractual y post-contractual

- En el litigio Nike Inc., Nike International Ltd. y American Line, S. A., en su calidad de franquiciadores vs Comercial Ibérica Exclusivas Deportivas, S. A. (Cidesport), en calidad de franquiciado, por el presunto incumplimiento de este último de sus obligaciones de no competencia, el Tribunal Supremo señala lo siguiente:

*"El pacto previsto en el contrato no puede considerarse como contrario a la libre competencia, dado que aparece como justificado para evitar, dentro de la relación vertical entre concedente y distribuidor, que éste pudiera explotar la posición y conocimientos obtenidos durante la vigencia del contrato para aprovecharse ventajosamente del know-how y tecnología de la concedente (la cláusula 9. B del contrato de licencia prevé que la licenciataria fabricará los productos en España de conformidad con los modelos, diseños y especificaciones de Nike y que los diseños facilitados constituyen información confidencial) y dificultar con ello abusivamente su normal implantación en el sector geográfico en que el contrato de distribución con pacto de exclusiva se había desarrollado.*

*(...) Dada la similitud entre el Ordenamiento comunitario y el interno, no se trata propiamente de una aplicación analógica de los expresados preceptos, sino de advertir que los pactos contractuales establecidos en las relaciones comerciales de orden vertical entre dos empresas deben regirse, a efectos de la normativa de defensa de la competencia, por*

*los principios que inspiran el régimen sobre restricciones verticales. Según esto, las citadas disposiciones comportan que no impiden o restringen la libre competencia, en aquellos contratos en los cuales la distribuidora recibe de la concedente derechos de propiedad industrial y conocimientos técnicos (como es el caso de los contratos en cuestión), los pactos que no afectan al mercado por explicarse en función de la economía del contrato que justifica proteger de manera temporal los derechos del concedente en el periodo inmediatamente posterior a su extinción para evitar ventajas abusivas en favor del distribuidor o agente cifradas en el aprovechamiento de aquellos conocimientos y derechos, especialmente, como es el caso, cuando el pacto de no competencia ex post [con carácter posterior] tiene un carácter esencial en un contrato que permite la introducción en el mercado relevante de una empresa fuertemente competidora”.*

*“En el caso examinado el plazo establecido para la prohibición de competencia es de un año, y no puede considerarse excesivo o desproporcionado desde el punto de vista de la finalidad perseguida por las partes contratantes en relación con el respeto al principio de libre competencia, como muestran los plazos iguales o superiores por los que se autorizan los pactos ex post en las normas que la sentencia de primera instancia toma en consideración, y, hoy, en el art. 5.b del Reglamento (CE) 2790/1999, invocado en el acto de la vista<sup>243</sup>.”*

---

<sup>243</sup> STS No. 899/2007 de 31 de julio de 2007 (LA LEY 132426/2007) FJ (4).

- En el litigio de IVES ROCHER ESPAÑA S.A., en calidad de franquiciador, contra Don Arturo, en calidad de franquiciado, en el que se solicitó el cese y cierre de la explotación de un local en el que se desarrollaba un negocio de similares características y objeto al del contrato de franquicia que había existido entre las partes y durante el plazo del pacto de no competencia post-contractual, la Audiencia Provincial de Madrid señaló lo siguiente:

“Es usual en este tipo de contratos, basados en la mutua confianza, la inserción de cláusulas protectoras tales como la de prohibición de competencia postcontractual como es la controvertida del caso de autos que figura como 21.1,2 y 3 del contrato, por cuanto si le fuera posible al franquiciado seguir en la explotación del negocio en el mismo lugar donde desarrollaba la franquicia sin otra observancia que la de retirar el rótulo del franquiciador y modificar la apariencia del establecimiento, mantendría a buen seguro la clientela impidiéndole al franquiciador nombrar con éxito otro franquiciado en esa zona y, por tanto, continuar beneficiándose de su propia industria, cláusula que si bien en un principio pudo entenderse como restrictiva de la libre competencia fue luego admitida por el T.J.C.E. que con ocasión del precitado caso Pronuptia habló de “un periodo razonable” y que la Comisión concreta (con ocasión, entre otras, de la Decisión acordada en el mismo asunto con fecha 17 de diciembre de 1986) en “un plazo no superior al año” o en “el necesario para que el franquiciador pueda buscar, seleccionar y

formar un nuevo franquiciado, así como para darle tiempo a crear un nuevo mercado en el territorio del antiguo franquiciado” que es, en definitiva, el objeto que se persigue con la analizada restricción. Es por ello por lo que, siendo el contrato de autos de franquicia, cuyas características conocía y acepto el demandado, no puede luego cuestionar que no hubo *know how*, ni aprovechamiento de la clientela, ni vulneración del principio territorial”<sup>244</sup>. (Subrayas por fuera del texto).

---

<sup>244</sup> SAP Madrid No. 370/2006 de 5 de junio de 2006 (LA LEY 141789/2006) FJ (2).

## Conclusiones

- I. La amplia gama de actividades que se pueden desarrollar a través del contrato de franquicia ha ocasionado que a lo largo del tiempo haya sido muy debatido si en realidad se trata de diferentes contratos sin relación entre sí. Sin embargo, en todos los contratos de franquicia (por muy diferentes que sean) es posible identificar un contenido obligacional común que comprende los siguientes elementos: 1) La obligación a cargo del franquiciador de ceder los signos distintivos del franquiciador, transmitir el *know-how* y prestar asistencia técnica y comercial al franquiciado, de manera continuada durante toda la vigencia del contrato; 2) La obligación del franquiciado de pagar el canon para acceder a la franquicia y el periódico (*royalty*). Con lo cual, es posible identificar a esta amplia gama de acuerdos como una única categoría contractual.
- II. De manera similar a la anterior, atendiendo el carácter complejo del contrato de franquicia en el que confluyen multitud de elementos provenientes de otras figuras contractuales existentes en el tráfico jurídico, ha implicado que históricamente se haya querido asimilar a otros contratos. No obstante, la franquicia es sin duda un tipo contractual distinto, tanto en objeto como en causa, y autónomo, ya que si bien utiliza elementos típicos de otros contratos, no depende de ninguno de estos elementos para existir, simplemente se sirve de ellos para la consecución de su fin.
- III. La sinalagmaticidad del contrato de franquicia es su característica más criticada y debatida. El carácter desigual de las obligaciones existentes entre las partes se presta para que el franquiciador utilice sus facultades de dirección y control para obtener provechos injustificados.

No obstante, sostenemos que al menos desde un punto de vista normativo y jurisprudencial, la caracterización actual del contrato de franquicia debe mantenerse incólume, puesto que la pérdida de autonomía del franquiciado es de hecho un elemento indispensable para el éxito de la franquicia que se encuentra justificado dentro del balance de beneficios que ambas partes reciben. Los casos en que ocurra un abuso del derecho deben tratarse como lo que son, un incumplimiento del contrato.

- IV. En tanto que el franquiciador y el franquiciado son personas jurídicas y económicamente independientes, este último asume todos los riesgos inherentes al éxito o al fracaso del negocio. Si bien el franquiciador se encuentra obligado a entregar información veraz y completa sobre el estado de su negocio, el futuro franquiciado se encuentra obligado a analizarla, de forma que sus expectativas económicas tengan un fundamento organizado. A su vez, se le exigirá la diligencia de un hombre de negocios en la administración del negocio objeto de franquicia. Si bien a través de la franquicia se puede mejorar la competitividad de los pequeños empresarios, debe ser tomada como lo que es, un contrato mercantil, en el cual será necesario realizar grandes sacrificios para obtener grandes beneficios.
- V. La transmisión del *know how* del franquiciador al franquiciado es una de las obligaciones esenciales del contrato de franquicia y también es una de las más complejas. Su cumplimiento no es susceptible de realizarse en un único momento, todo lo contrario, requerirá además de la entrega de una serie de manuales operativos, una formación adecuada en cuanto a su uso, tanto en los momentos iniciales del contrato, como durante toda su ejecución. Así, hasta el día en que la vinculación contractual termine, el franquiciador estará obligado a prestarle al franquiciado toda



la asistencia y formación que éste requiera y que sea necesaria para la correcta ejecución de la franquicia. Adicionalmente, deberá asegurarse de mantener todos los conocimientos relativos al *know how* tanto actualizados como competitivos en el mercado.

- VI. A su vez, la transmisión del *know how* obliga al franquiciado a guardar un deber de secreto, transmitir al franquiciador todas las mejoras o perfeccionamientos técnicos que haya podido obtener durante la explotación del modelo de empresa, a utilizar esos conocimientos de acuerdo con las indicaciones del franquiciador y, muy especialmente, a no competir de manera directa o indirecta con el franquiciador haciendo uso de los mismos.
- VII. El contrato de franquicia constituye, en alguna de sus cláusulas esenciales, una práctica restrictiva de la competencia<sup>245</sup>, pero que es declarado exento del régimen de nulidad del art. 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en función de determinadas ventajas que proporciona tanto a las empresas como a los consumidores. Los términos de esta exención se encuentran contenidos en el Reglamento 330/2010.
- VIII. Las licencias relativas a Derechos de Propiedad Intelectual quedan cubiertas por el Reglamento de Exención por Categorías si reúnen las cinco condiciones contenidas en el art. 2.3 del RCAV y, por lo general, dichas condiciones se encuentran reunidas en la mayoría de los acuerdos de franquicia, incluidos los acuerdos de máster franquicia. Por lo general, se encuentran

---

<sup>245</sup> En efecto, el numeral sexto de las consideraciones del Reglamento 4087/88 señala: "los acuerdos de franquicia, tal como son definidos, pueden caer dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85. En especial, pueden afectar al comercio entre los Estados miembros cuando estén concluidos entre empresas de distintos Estados miembros, o cuando formen parte de una red que se extienda más allá de los límites de un solo Estado miembro".

amparadas por el RCAV, las obligaciones impuestas al franquiciado que le prohíben: (i) ejercer, directa o indirectamente, una actividad comercial similar a la del franquiciador; (ii) la obligación de no adquirir intereses financieros en el capital de una empresa competidora que le confieran la posibilidad de influir en el comportamiento económico de dicha empresa; (iii) la obligación de no desvelar a terceros los conocimientos técnicos aportados por el franquiciador en tanto dichos conocimientos técnicos no hayan pasado a ser de dominio público; (iv) la obligación de comunicar al franquiciador la experiencia adquirida en la explotación de la franquicia y de conceder al franquiciador y otros franquiciados una licencia no exclusiva para los conocimientos técnicos derivados de dicha experiencia; (v) la obligación de informar al franquiciador de las infracciones de los derechos de propiedad intelectual cedidos mediante licencia, de iniciar acciones legales contra los infractores o de asistir al franquiciador en toda acción legal iniciada contra los infractores; (vi) la obligación de no utilizar los conocimientos técnicos autorizados por el franquiciador con fines distintos de la explotación de la franquicia; (vii) la obligación del franquiciado de no ceder los derechos y obligaciones contemplados en el acuerdo de franquicia sin el consentimiento del franquiciador.

- IX. El pacto de no competencia queda fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, cuando son necesarias a fin de mantener la identidad y reputación comunes de la red franquiciada. En estos casos el pacto se puede extender durante toda la duración del acuerdo.
- X. Cuanto más importante sea la transferencia del *know how* dentro de un contrato de franquicia, más probable es que las restricciones incluidas en el mismo se encuentren exentas del régimen de nulidad del art. 101.2 TFU.

## Bibliografía

- ALONSO UREBA, A., *et al.* Los contratos de distribución. Madrid: Editorial LA LEY, 2010.
- BACHES OPI, S. La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación, Editorial La Ley, 2010.
- BAYLOS CORROZA, H. Tratado de derecho industrial: propiedad industrial, propiedad intelectual, derecho de la competencia económica, disciplina de la competencia desleal. Tercera edición. Madrid: Editorial Civitas, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Apuntes de derecho mercantil. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2011.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto. Introducción a las marcas y otros signos distintivos en el tráfico económico. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, comp. Tratado de contratos. Tomo I. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, comp. Tratado de contratos. Tomo III. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2009.
- CALVO CARAVACA, A. Derecho antitrust europeo. Tomo I. Parte general de la competencia. Constitución y Leyes S.A., 2009.

- Diccionario de la Real Academia Española. Vigésima segunda edición, [en línea]. Consultado en [www.rae.es](http://www.rae.es)
- DÍEZ DE CASTRO, E. y GALÁN GONZÁLEZ, J. Práctica de la franquicia. Madrid: Editorial McGraw Hill/Interamericana de España S.A., 1998.
- DÍEZ DE CASTRO, C., NAVARRO GARCÍA, A. y RONDÁN CATALUÑA, F. El sistema de franquicia. Madrid: Ediciones Pirámide, 2005.
- ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba. El contrato de franquicia, definición y conflictos en las relaciones internas. Madrid: Editorial McGraw Hill/Interamericana de España S.A., 1995.
- ESTEVAN DE QUESADA, C. "Franquicia y abuso de dependencia económica". En: Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor. Tomo XXVI. Editorial Marcial Pons, 2005-2006.
- FERNÁNDEZ-NOVOA, C. Fundamentos del Derecho de Marca. Madrid: Editorial Montecorvo S.A., 1984.
- FONT GALÁN, J. y PINO ABAD, M., comps. Estudios de Derecho de la competencia. Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2005.
- GALÁN CORONA, Eduardo. "Los contratos de «franchising» ante el Derecho Comunitario protector de la libre competencia (comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 28 de enero de 1986)". En: Revista de Instituciones Europeas, volumen 13 núm. 3 (1986), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

- GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza. La franquicia. Madrid: Editorial Trivium, S.A., 1991.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M. "Cuestiones de formación del contrato en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de contratos de distribución". En: InDret: Revista para el Análisis del Derecho (Enero 2010), Barcelona.
- GOMEZ SEGADE, J., El secreto industrial (know how), concepto y protección. Madrid: Tecnos, 1974.
- GÓRRIZ LÓPEZ, C., "Distribución comercial y Derecho de la competencia (pasado, presente y futuro de la exención por categorías de los acuerdos verticales)". En: Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución No. 6, LA LEY, 2010.
- HERRERO GARCÍA, María, comp. La contratación en el sector de la distribución comercial. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2010.
- HERRERO SUÁREZ, C. "La fijación de los precios de reventa: ¿nuevos vientos?" En: Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución No. 4, LA LEY, 2009.
- MARTÍ VIRAVALLS, J. Las restricciones accesorias, necesarias y proporcionadas en el contrato de franquicia. Proyecto de investigación de SEJ-2006-14815 del Ministerio de Educación y Ciencia <<Sistemas de redes empresariales: Transparencia, contratación y concurso>>, pp. 15-16 [en línea]. Disponible en: [http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED\\_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2\\_SEGUNDO%20PREMIO.PDF](http://portal.uned.es/pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/NUMEROS%20PUBLICADOS/MONOGRAFICO%20PREMIOS%20GARCIA%20GOYENA%206/2_SEGUNDO%20PREMIO.PDF)

- MARTÍN TRILLA, E. y ECHARRI ARDANAZ, A. La franquicia, aplicación práctica y jurídica. Editorial Aranzadi S.A., 2000.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, A., comp. Marca y publicidad comercial. Un enfoque interdisciplinar. Madrid: LA LEY, 2009.
- MAYORGA TOLEDANO, M. El contrato de franquicia mercantil. Granada: Editorial Comares, 2003.
- MONTROYA MELGAR, A., comp. Enciclopedia jurídica básica. Vol. II. Editorial Civitas, 1999.
- RUIZ PERIS, Juan. El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia. Madrid: Editorial Civitas S.A., 1991.
- RUIZ PERIS, Juan. Los tratos preliminares en el contrato de franquicia. Navarra: Editorial Aranzadi S.A., 2000.
- SUBDIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS Y MODERNIZACIÓN DEL COMERCIO. Informe sobre la franquicia comercial en España. Madrid: Ministerio de Economía y Hacienda, 1990.
- VÁSQUEZ ALBERT, D., comp. Los contratos de distribución comercial, novedades legislativas y jurisprudenciales. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2010.
- VIERA GONZÁLEZ, A. y ECHEVARRÍA SÁENZ, J. Distribución comercial y derecho de la competencia. Madrid: Editorial La Ley, 2011.
- West's Encyclopedia of American Law. 2005. [En línea]. Consultado en <http://www.encyclopedia.com>.

## **Jurisprudencia**

### **Tribunal Constitucional**

- STC Núm. 88/1986 de 1 de julio de 1986 (LA LEY 11173-JF/0000) TRIBUNAL SUPREMO
- STS No. 754/2005 de 21 octubre (RJ 2005/8274)
- STS No. 8066/1994 de 2 de octubre de 1999 (LA LEY 2185/2000)
- STS No. 754/2005 de 21 de octubre de 2005 (LA LEY 14041/2005)
- STS No. 899/2007 de 31 de julio de 2007 (LA LEY 132426/2007)
- STS No. 567/2009 de 30 julio (LA LEY 187268/2009) AUDIENCIAS PROVINCIALES
- SAP Madrid No. 370/2006 de 5 junio de 2006 (LA LEY 141789/2006)
- SAP Madrid No. 645/2003 de 14 de enero de 2005 (LA LEY 7681/2005)
- SAP Madrid No. 457/2006 de 11 octubre (AC 2007/430)
- SAP Madrid No. 274/2007 de 31 de mayo de 2007 (LA LEY 107208/2007)
- SAP Barcelona No. 650/2007 de 13 de mayo de 2007 (LA LEY 75840/2008)

- SAP Barcelona No. 299/2006 de 20 junio de 2006 (LA LEY 288132/2006)
- SAP Palencia No. 52/2003 de 28 de febrero de 2003 (LA LEY 42931/2003)
- SAP Valencia No. 287/2008 de 13 de octubre de 2008 (LA LEY 215360/2008)

### Tribunal de Defensa de la Competencia

- STDC de 18 de junio de 2003 (LA LEY 2929/2003)
- RTDC de 17 de abril de 1996 (LA LEY 16423/1996)
- STDC de 21 de octubre de 2002 (LA LEY 174199/2002)

### Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

- STJCE de 28 de enero de 1986, en el asunto 161/84. Pronuptia de París GmbH vs. Pronuptia de París Irmgard Schillgallis.
- STJCE de 13 de febrero de 1969, en el asunto 14/68. Farbenfabriken Bayer AG vs. Farbwerke Hoechst AG y Cassella Farbwerke Mainkur AG.
- LEGISLACIÓN Constitución de España.
- Código Civil.
- Código de Comercio.



- Ley 7 de 1996 de Ordenación del Comercio Minorista.
- Real Decreto 201/2010, por el que se regula el ejercicio de la actividad comercial en régimen de franquicia y la comunicación de datos al registro de franquiciadores.
- Real Decreto 1816 de 1991, sobre Transacciones Económicas con el Exterior.
- Ley 7/1998, sobre condiciones generales de la contratación.

## Normas

- Ley 17/2001, de Marcas. Ley 11/1986, de Patentes. Ley 15/2007 de Defensa de la competencia.
- Ley 29/2009, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.
- Reglamento 330/2010 CE.
- Reglamento núm. 19/65/CEE.
- Reglamento 67/67/CEE de 22 de marzo.
- Reglamento 4087/88/CEE de 30 de noviembre.
- Tratado de Roma.
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

### **Laura Patricia Carrasquilla Díaz**

Abogada, Magíster en Derecho Privado Patrimonial (Universidad de Salamanca). Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa.

### **Jassir Amín Álvarez Estrada**

Abogado, Magíster en Derecho Comercial (Universidad Sergio Arboleda). Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Costa.